

رابطة العالم الإسلامي
المجمع الفقهي الإسلامي

الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي
المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة
من ١٩ - ٢٣ محرم ١٤٣٢هـ - يوافقه ٢٥ - ٢٩ ديسمبر ٢٠١٠م

اشتراط التحكيم أو التحاكم إلى قانون وضعي في عقود المؤسسات المالية الإسلامية

الشيخ عجيل جاسم النشمي

أبيض

بسم الله الرحمن الرحيم

والحمد لله ربّ العالمين، والصّلاة والسّلام على نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم أجمعين وبعد،،،

فقد جرت سنّة الله في خلقه باختلافهم في آرائهم، واعتقاداتهم، ومللهم، واختلاف ألوانهم وألسنتهم، ولا يزالون مختلفين حتّى يرث الله أرضه ومن عليها، قال تعالى: ﴿**وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ * إِلَّا مَنْ رَحِمَ رَبُّكَ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ**﴾ (هود:١١٨-١١٩)[١]، فمن أجل الاختلاف ثمّ الرحمة للسعداء، والعذاب للأشقياء، ليكون فريق في الجنّة، وفريق في السّعير، خلق الله الخلق ولا يزالون مختلفين أبداً، واختلافهم آية من آيات الله: ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِلْعَالِمِينَ**﴾ **(الروم:٢٢)** .

كما جرت سنّة الله في خلقه باتّفاقهم على حب ما جبلوا عليه من المتاع والمال، قال تعالى: ﴿**زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ**﴾ (آل عمران:١٤) وجبل الإنسان على حب المزيد من كلّ مال ؛ ليتنافس النّاس فتعمر الأرض وتزدان، ويسعد الإنسان في حياته الدّنيا، لكن لما كان حب الإنسان للمال جمّاً، لو ترك إليه لأسرف وطغى، وتنكب الطّريق، وجار، وظلم وغدا عبداً للمال يشقى به. تنزلَت آيات الله وكتبه وبعث بها رسله ليعرّفوا الإنسان حدود حرّيته في حبّ المال والمتاع، ثمّ تنزلَت آيات القرآن الكريم لتنظيم موارد المتاع الحلال ومصارفه، والحرام ومساربه وتدرج التّشريع

(١) راجع في تفسير الآية المحرر الوجيز لأبي محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي ٧/ ٢٢٣ الطبعة الأولى - الدوحة ١٤٠٤ - ١٩٨٤، ومختصر تفسير ابن كثير للشيخ محمد علي الصابوني ٢/ ٢٣٦ الطبعة السابعة ١٤٠٢ - ١٩٨١ بيروت.

في أحكام حفظ المال والحقوق، حتّى حدّ الحدود القاطعة لمن بالغ في التّجاوز والظّلم، وشرع من الأحكام عامة ما ينظّم حياة النّاس في أسرهم ومجتمعهم ودولهم. وبنى النّفوس من داخلها قبل العلاج في واقع الحياة وزخمها، ليكون وازع الدّين أوّل سياج حفظ الحقوق لأصحابها، فقد تنتهي الخصومة بالعفو أو بالإعراض عن الجاهلين. وقد تنتهي الخصومة بالصّلح أو بالتحكيم. إلاّ أنّ من الخصومات ما لا تنتهي إلاّ بإقامة البراهين والحجج أمام القضاء، فكان القاضي نهاية مطاف انتصاف المظلومين من الظالمين، وتقرير الحقوق وردّها إلى أصحابها.

يأخذ من هذا ليعيد لهذا حقّه، ردّاً إلى حكم الله ورسوله ﷺ: ﴿**فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً**﴾ (النساء:٥٩) فالنّزاع لا ينقطع بين المسلمين المؤمنين أو غيرهم، لكن المؤمنين يفصل القرآن بينهم والسّلطان مخاطب بإقامة شرع الله وسياسة النّاس به في دينهم ودنياهم.

والقضاء سبيله في فصل الخصومات وإذا كان وازع الدّين في قلوب المؤمنين يحمل عن القضاء الكثير من وقائع الخصومات، ممّا ينصف المؤمنون فيه بعضهم بعضاً رغبةً ورهبةً استغفاراً وتغافراً وتوبةً. إلاّ أنّ هذا الوازع يقوى أو يضعف، وقد يتغافر المؤمنون في صغائر الأمور ويحتاجون في كبارها إلى التحكيم أو حكم القضاء لا ريب.

والطّامة حال النّاس مع ضعف وازع الدّين، وتكالبهم على الدّنيا يتنافسونها كما تنافسوها ولو على حساب دينهم ، وحيثما ضعف الدّين في النّفوس زاد الظّلم ونما، وكثر الظلم والظّلمة، وتعالت الأصوات وثارت النّفوس وهاج النّاس وماجوا، يأكل القويّ حقّ الضّعيف، وإزاء ذلك يحتاج الحكّام إلى كثرة الأعوان من شرطة تضبّط وقضاة تحكم ، رفعاً للنّزاع ، وردّاً للحقوق إلى أصحابها. ولا ريب أنّ القضاء مرتقى صعب مسلكه لما يحتاج من ضمانات وإثباتات وحجج

وبراهين، وإجراءات وتكاليف ويزيد صعوبة عجز المظلوم أو فقره ومدافعة الظّالم عن نفسه، بل مدافعة من يعين الظّالم على ظلمه ممّن يكون ألحن في حجّته، يَخْبُرُ المداخل والمخارج التّي قد تفوِّت الحقوق، وتحمي الظّالم، وغايته كسب وفير يبرر الغاية ولو كانت وسيلته لحن القول وافتراء الأدلة .

ولا تزال أبواب القضاء في بلاد الدّنيا كلّها أكثر الأبواب ازدحاماً، وطول انتظار، حتّى أصبح كثير من أصحاب الحقوق يتردّد في طلب حقّه وانتزاعه عن طريق أبواب القضاء، حذراً من طول انتظار، وتضييع الوقت، أو خوفاً على سمعتهم وفضح أسرارهم وخصوصيّاتهم في جلسات القضاء العلنيّة، ولربّما لو سلك الطّريق مع هذا ودفع من المال ما دفع لم يصل إلى حقّه لنقص في مستنداته، أو ضعف في مطالبته أمام خصم أكمل أدلة أو ألحن حجّة. ونعني بهذا الوصف القضاء الذي وضعته الدول واصطلح على تسميته حقا بالقانون الوضعي ، وموضوعنا هو تحاكم المسلمين إلى هذا القانون ، ونقصد على الخصوص تحاكم المؤسسات المالية الإسلامية إلى هذه القوانين واشتراطه في عقودها .

هذا من جانب ، ومن جانب آخر ولإشكالات القضاء وطول أمد التقاضي اتجهت الدّول إلى مبدأ التّحكيم، وهو تحاكم الخصمين بالتّراضي إلى غير القاضي، وقد كانت الدّول تظنّ أنّ التّحكيم يخدش السيادة، ولكن تبيّن لها أنّه نوع من القضاء، بل يمكن أن يخضع له، ويكون سنداً قانونيّاً له.

وقد كان التحكيم سائداً في كثير من الأمم وسائداً بين العرب، تفض به خلافات القبائل، وتجنبهم الحروب الطاحنة، و يتولاه الحكماء منهم، وكانت القبائل تفتخر بحكمائها. «واشتهر بين العرب قبل الإسلام عدد من المحكمين أو الحكام عرفوا بالعقل والحلم والحكمة، وباختلاف الناس إليهم للحكم فيما يشتجرون فيه منهم الحاجب بن زرارة، والأقرع بن حابس، وقس بن ساعدة، وأكثم بن صيفي، وعبد المطلب بن هاشم، واشتهر بعض النساء بذلك

أيضاً منهن صخْر بنت لقمان(أو أخته)، وهند بنت الخس، وجمعة بنت حابس وبنت عامر بن الظرب»[1].

وقد أقرّ الإسلام التّحكيم، بل حبذه وفضّله دون رفع التّخاصم إلى القضاء، فما تمّ بالتّراضي خير ممّا يتم بعد الشّحناء والخصومة، فالتّراضي بين الخصمين تقارب وتسامح وإيذان بالرّضى بالحق أو بعضه مع صفاء النّفوس وراحتها.

وقد عرف النّاس التّحكيم منذ القدم، وما لجأ النّاس للقضاء حتّى قامت الدّول وشرعت النّظم وتعقّدت المسائل والمشكلات ، وقد حقن النبيّ ﷺ دماء قومه في جاهليّتهم بقبوله حكماً بينهم لمّا أرادوا أن يرفعوا الحجر الأسود واختصموا فيه حتّى كادوا يتقاتلون قالوا: يحكم بيننا أوّل رجل يخرج من هذه السّكة فكان رسول الله ﷺ أول من خرج، فقضى أن يجعلوه في مِرْطٍ – كساء من صوف أو خز يؤتزر به –، ثمّ ترفع جميع القبائل من أطراف المرط.

وقد نظّم الإسلام التّحكيم، واعتبره نظاماً لفصل الخصومات هو دون القضاء وفوق الصّلح والفتوى، فضبط شروط المحكَّم، وما يصح محلاًّ للتّحكيم، وما لا يصحّ الحكم فيه، وأعطى لحكم المحكّم صفة الالتزام كالقضاء، وسلبه التَنفيذ كالفتوى.

وقد عنى الفقهاء بتنظيم أحكام وأحوال التَحكيم، وإقامته على أصول الشّرع، ومبناه، فأحكامه مبناها تحقيق المصالح في رد الحقوق لأصحابها بطريقة التّراضي، وحفظ الأسرار، وسرعة الوصول للحقوق ودفع المفاسد من كثرة الخصومات القضائيّة، ومشقّة التّرافع للقضاء، ولذا قال ابن العربي «الحكم بين النّاس إنَما هو حقّهم لا حقّ الحاكم، بيد أن الاسترسال على التّحكيم خرق لقاعدة الولاية، يقود إلى تهارج النّاس تهارج الحمر، فلا بدّ من نصب فاصل، فأمر

---

(١) شرط التحكيم في الشريعة الإسلامية محمد سليم العوا ٢.

الشرع بنصب الوالي ليحسم قاعدة الهرج وأذن في التّحكيم تخفيفاً عنه وعنهم في مشقة التّرافع، لتتمّ المصلحتان وتحصل الفائدتان»[1]. فمبنى التّحكيم تحقيق المصالح، ودرء المفاسد، وسد الذّرائع، لكن لما كان على خلاف الأصل في أنّ الولايات تكون للحكّام احتاج إلى قيود وضوابط، وفَّى الفقهاء ترتيبها وضبطها.

وقد أثبت التَحكيم جدواه وأثره حتّى أصبح واقعاً محترماً لا تخلو دولة من تنظيمه واعتماده بل أنشأت له المحاكم والهيئات والمراكز المحليّة والإقليمية والدّولية. وأصبح شريان التّحكيم بين خصومات ومنازعات الدّول والأفراد.

وأفرد له القانون بابا خاصا ضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية ، كما أفردت له بعض الدول قانونا خاصا به.

وقد انضمت الدول العربية والإسلامية إلى العديد من الاتفاقيات الدولية. وأنشأت المراكز المحلية والعربية. مثل: مركز القاهرة، والمركز الإقليمى للتحكيم في كوالالمبور في ماليزيا، وهيئة التحكيم في الكويت، وغرف التجارة والصناعة في البحرين ودبي وعمان. كما أقرت دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية عام ١٩٩٣ خلال القمة الرابعة عشرة بالرياض إنشاء مركز التحكيم التجاري لدول المجلس، وفي مارس ١٩٩٥ تم الإعلان عن بدء العمل بالمركز ومقره مملكة البحرين.

هذا على مستوى الدول والتحكيم بنظم تقليدية ولم تكن الأحكام الشرعية محوراً فيها.

وأما على مستوى المؤسسات المالية الإسلامية الناشئة فقد خطت خطوات لا بأس بها في التحاكم إلى القوانين المحلية مع اشتراط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أو اللجوء إلى التحكيم بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية

---

(١) أحكام القرآن لأبي بكر بن عبد الله المعروف بابن العربي، ٢/ ١٢٥ طبعة دار الكتب العلمية ١٤١٦ - ١٩٩٦، بيروت.

والنص عليه في عقودها المالية، والتحكيم والتحاكم قضية عقدية وعملية جديرة بالبحث في ضوء العودة إلى شيء من سيادة المالية الإسلامية لتكون نداً للمعاملات المالية التقليدية التي لا تراعي أحكام الشرع في كثير أو قليل.

ولقد حاولت في هذا البحث أن أجمع شتات الموضوع من أمّهات الكتب الفقهيّة الأصليّة، وبعض الكتب المحدثة المتميزة في موضوع التحاكم والتحكيم مستوعباً المذاهب بحججها وأدلّتها، حتّى إذا ما تكامل للموضوع بناؤه الفقهيّ، أتبعت به واقع التّحكيم دوليّاً، ومحلياً، مبيناً المدى الذّي يمكن أن نتعامل به، وما لا يمكن أن نتعامل به دوليّاً ومحلياً، آخذاً بالاعتبار أنّ ميدان التّحكيم أو التّحاكم غدا في هذا العصر ميداناً رحباً في حلّ النّزاعات سواء بين الدّول ، أو بين المؤسسات المالية الإسلامية مع نظائرها أو مع غيرها من الشركات التقليدية. وقد اعتنيت بموضوع التحكيم في البحث أكثر مما فعلت بالنسبة للتحاكم وقدمته عليه ترتيباً، لأهميته للمؤسسات الماليه الإسلامية ، ولأنه المخرج السهل من حرج التحاكم ، ولوضوح حكم وخطورة التحاكم لغير شرع الله، وهذا اقتضى أن يترتب الموضوع على المباحث الآتية:

المبحث الأول: التحكيم تعريفه وأحكامه وأدلته وحكمه.

المبحث الثاني: التحكيم والقضاء والإفتاء والتحالف والمعاهدات.

المبحث الثالث: شروط التحكيم والمحكم.

المبحث الرابع: ما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز.

المبحث الخامس: صفة المحكم.

المبحث السادس: أحوال المحكم وحكمه.

المبحث السابع : القوانين الوضعية والتحاكم إليها.

المبحث الثامن: الحكم بغير ما أنزل الله غير المخرج من الملة.

المبحث التاسع: التحاكم الدولي على خلاف الأصل في وحدة التشريع.

المبحث العاشر: التحاكم والتحكيم لضرورة.

المبحث الحادي عشر: التحاكم والتحكيم بين المؤسسات المالية الإسلامية.

أبيض

المبحث الأول
التحكيم تعريفه وأحكامه

تعريفـه:

لغــةً: هو مصدر حكّمه في الأمر، أي جعلـه حكـماً، وهـو تفـويض الحكـم لشخص، ويُقال للمحكَّم حَكَمْ، ومُحكَّمْ من باب التّفعيل بصيغة اسـم المفعـول، ويُقال مُحكِّمْ من باب التّفعيل بـصيغة اسـم الفاعِـل[1]، وفي القـرآن الكـريم قولـه تعالى: ﴿**فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيماً**﴾[2].

واصطلاحا: اتّخاذ الخصمين آخر[3] أهلاً للحكم برضاهما لفصل خـصومتهما ودعواهما وفي المثل: في بيته يؤتى الحكم، وأنشد ابن برى:

أقادت بنو مروان قيساً دماءنا وفي الله إن لم يحكموا حكم عدل

شرط ومشارطة التحكيم: اصطلح حديثاً على تـسمية اتفـاق الطـرفين عـلى التحكيم قبل قيام النزاع بشرط التحكيم. وبعده بمشارطة التحكيم.

ولا مانع من الشرط والمشارطة في الفقه وهو داخل في الشروط المقبولة

ركن التّحكيم:

ركن التّحكيم إيجاب من طرف، وقبول من الطّرف الآخر، ويكون الإيجاب بالألفاظ الدّالة على التّحكيم كقول: قد حكمناك، أو نصبناك حـاكماً أو جعلنـاك حاكماً ونحوه، فليس المراد خصوص لفظ التّحكيم[4].

---

(١) مختار الصحاح، لسان العرب المحيط، مادة حكم، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين بن إبراهيم ابن نجم ٢٣١٧ الناشر: دار الكتاب الإسلامي بيروت، ورد المحتار على الدر المختار للإمام محمد أمين بن عمر بن عابدين ٥/ ٤٢٨ الناشر: دار الكتب العربية بيروت.

(٢) سورة النساء: ٦٥، وانظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام للعلامة علي حيدر مادة ١٧٩٠، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام للإمام برهان الدين إبراهيم بن شمس الدين بن عبد الله محمد بن فرحون - المطبعة العامرية الشريفة - الطبعة الأولى بمصر.

(٣) هذا تعريف شارح المجلة إلا أنه عبر عن «آخر» بـ«واحداً» والمحكم كما يكون واحداً يكون متعدداً، وزاد في التعريف «المدعي والمدعى عليه» وحذف أولى.

(٤) رد المحتار ٥/ ٤٢٨.

ضابط التّحكيم:

ضابط التّحكيم كما قال ابن العربيّ: «إنّ كل حقّ اختصّ بـه الخـصمان جـاز التّحكيم فيه ونفذ تحكيم المحكّم فيه»[١]، أو كما قال ابن عرفة: «إنّما يجوز التّحكـيم فيما يصحّ لأحدهما تـرك حقّـه فيـه»[٢]. أو كـما جـاء في الفتـاوى الهنديـة «يجـوز التّحكيم في كل ما يملك المحكّمان فعله في أنفسهما في حقوق الجار»[٣].

دليل جواز التحكيم:

الأدلة على جواز التحكيم متضافرة مـن الكتـاب والـسنة وإجمـاع الـصحابة والقياس

دليل الكتاب:

قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَـا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا**﴾ (النساء:٣٥) قال ابن العربي: هي من الآيـات الأصول في الشريعة[٤] وهذه الآية دليل على إثبات التحكيم ومـشروعيته[٥]، وعـن ابن عباس – رضي الله عنه– قال: هذا الرجل والمرأة إذا تفاسد الذي بينهما أمر الله أن تبعثوا رجلاً صالحا من أهل الرجل، ورجلا مثله من أهل المرأة فينظران أيهما المسيء[٦].

وقوله تعالى: ﴿**فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَـاحْكُمْ بَيْـنَهُمْ بِالْقِـسْطِ إِنَّ اللهَ يُحِـبُّ الْمُقْـسِطِينَ**﴾ (المائدة:٤٢)، قال ابن كثير: نزلت في اليهوديين اللـذين زنيـا، وكـانوا قـد بـدلوا

---

(١) أحكام القرآن للإمام أبي بكر بن عبد الله بن العربي ٢/ ١٢٥.

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل للإمام محمد بن أحمد بن محمد عليش ٨/ ٢٨٤ الناشر: دار الفكر بيروت.

(٣) الفتاوى الهندية: تأليف لجنة من العلماء برئاسة الإمام نظام الدين البلخي ٣/ ٣٩٧ الناشر: دار الفكر بيروت.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٣٧.

(٥) الجامع لأحكام القرآن للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ٥/ ١٧٩ مطبعـة دار الكتـب المصرية ١٣٦٥ – ١٩٤٦ بمصر.

(٦) فتح القدير للإمام محمد بن علي الشوكاني ١/ ٤٦٣ مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٣ – ١٩٦٤ بمصر.

كتاب الله الذي بأيديهم، من الأمر برجم من أحصن منهم، فحرفوه واصطلحوا فيما بينهم على الجلد مائة جلدة، والتحميم - تسخيم الوجه بالفحم -، والإركاب على حمار مقلوبين، فلما وقعت تلك الكائنة بعد الهجرة قالوا فيما بينهم: تعالوا حتى نتحاكم إليه، فإن حكم بالجلد والتحميم، فخذوا عنه، واجعلوه حجة بينكم وبين الله ويكون نبي من أنبياء الله قد حكم بينكم بذلك، وإن حكم بالرجم فلا تتبعوه في ذلك.

وقد وردت الأحاديث بذلك، «عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: أتي رسول الله ﷺ بيهودي ويهودية قد أحدثا جميعاً، فقال لهم: ما تجدون في كتابكم ؟ قالوا إن أحبارنا أحدثوا تحميم الوجه والتجبية، - الإركاب منكوساً، قال عبد الله بن سلام: ادعهم يا رسول الله بالتوراة فأتى بها فوضع أحدهم يده على آية الرجم وجعل يقرأ ما قبلها وما بعدها، فقال له ابن سلام: ارفع يدك فإذا آية الرجم تحت يده، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما، قال ابن عمر: فرجما عند البلاط فرأيت اليهودي أجنأ عليها»[1] - أي أكب عليها -.

وقال ابن العربي: لما حكموا النبي ﷺ أنفذ عليهم الحكم، ولم يكن لهم الرجوع وكل من حكم رجلاً في الدين فأصله هذه الآية[2].

دليل السنة:

عن شريح بن هانئ: أنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ سمعه وهم يكنون هانئاً: أبا الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ فقال له: «إن الله هو الحكم وإليه الحُكْم فلم

---

(١) مختصر تفسير ابن كثير للشيخ محمد علي الصابوني ١/ ٥١٨ وجامع البيان عن تأويل آي القرآن للإمام أبي جعفر ابن جرير الطبري ٥/ ٢٤٢ مطبعة مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الثامنة ١٣٧٣ - ١٩٥٤ بمصر، وأسباب نزول القرآن للإمام أبي الحسن علي بن أحمد الواحدي ١٩٠ الطبعة الأولى ١٣٨٩ - ١٩٦٩ وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٣٧، وانظر فتح الباري ولفظ رواية ابن عمر له ١٢/ ١٢٨، وصحيح مسلم بشرح النووي ١١/ ٢٠٨ الطبعة الرابعة دار إحياء التراث العربي - بيروت.

(٢) أحكام القرآن ١/ ١٢٤.

تكنى أبا الحكم»؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، قال: «ما أحسن هذا، فما لك من الولد» قال: لي شريح، وعبد الله، ومسلم. قال: «فمن أكبرهم» قال: شريح، قال: «فأنت أبو شريح» فدعا له ولولده[1].

فهذا إقرار واستحسان منه ﷺ لتحكيم القوم لأبي شريح وفي رواية البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت: «أصيب سعد يوم الخندق، رماه رجل من قريش يقال له حبان بن العرقة، رماه في الأكحل، فضرب النبي ﷺ خيمة في المسجد ليعوده من قريب، فلما رجع رسول الله ﷺ من الخندق وضع السلاح واغتسل، فأتاه جبريل عليه السلام وهو ينفض رأسه من الغبار فقال: قد وضعت السلاح، والله ما وضعته، اخرج إليهم، قال النبي ﷺ: فأين؟ فأشار إلى بني قريظة، فأتاهم رسول الله ﷺ فنزلوا على حكمه، فرد الحكم إلى سعد، قال: فإني أحكم فيهم أن يقتل المقاتلة، وأن تسبى النساء والذرية وأن تقسم أموالهم»[2].

والحديث نص في الموضوع إذ حكم النبي ﷺ سعد بن معاذ ﷺ وهو سيد قومه، ومرضي عندهم ولا ريب في رضاهم به، وقد ورد في بعض الروايات ما يشير إلى أن سعد بن معاذ ﷺ استوثق من رضى قومه، ورضى النبي ﷺ.

وروى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «اشترى رجل من رجل عقاراً له فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني إنما اشتريت منك الأرض، ولم أبتع منك الذهب، فقال الذي شرى الأرض: إنما بعتك الأرض وما فيها، قال: فتحاكما إلى رجل، فقال: الذي تحاكما إليه: ألكما ولد فقال أحدهما: لي غلام وقال الآخر: لي جارية، قال: أنكحوا الغلام الجارية، وأنفقوا على أنفسكما منه وتصدقا».

---

(١) أخرجه النسائي وغيره، صحيح سنن النسائي للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، حديث رقم ٤٩٨٠ – ٣/ ١٠٩١ الطبعة الأولى ١٤٠٩ – ١٩٨٨ بيروت.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري للإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ٧/ ١١ حديث رقم ٤١٢٢ – المطبعة السلفية بمصر.

فالحديث ظاهر في مشروعية التحكيم وفضل الإصلاح، قال النووي: في الحديث فضل الإصلاح بين المتنازعين، وأن القاضي يستحب له الإصلاح بين المتنازعين، كما يستحب لغيره[1].

إجماع الصحابة:

فقد وقع بين الصحابة خلاف كثير فكانوا ربما حكموا فيه واحداً منهم ولم ينكره أحد فكان إجماعاً. ومن ذلك ما كان بين عمر وأبي بن كعب - رضي الله عنهما - من مدارأة - خصومة - بينهما في نخل، فحكما بينهما زيد بن ثابت - ﷺ - فأتياه فخرج زيد بن ثابت إليهما، وقال لعمر - ﷺ - ألا تبعث إلى فآتيك ياأمير المؤمنين فقال عمر - ﷺ - في بيته يؤتى الحكم فأذن لهما فدخلا وألقى لعمر وسادة فقال عمر - ﷺ - هذا أول جورك ، وكانت اليمين على عمر - ﷺ -، فقال زيد لأبي - رضي الله عنه -: لو أعفيت أمير المؤمنين من اليمين، فقال عمر يمين لزمتني فلأحلف، فقال أبي - ﷺ -، بل يعفى أمير المؤمنين ويصدقه.

وتحاكم عمر ﷺ مع رجل إلى شريح في أمر فرس اشتراها عمر بشرط السوم، وحاكم علي ﷺ اليهودي إلى شريح، وحاكم عثمان بن طلحة إلى جبير بن مطعم، وتحاكم علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما، فكان من جهة على أبو موسى الأشعري ومن جهة معاوية عمرو بن العاص، وحكم أهل الشورى عبد الرحمن بن عوف.

فالصحابة مجمعون على جواز التحكيم، فعله رسول الله ﷺ في حياته، وعمل به الصحابة رضوان الله عليهم وذلك بعد وفاته ﷺ ولم ينكر مع اشتهاره فانعقد الإجماع على جوازه ومشروعية العمل به من عصر الرسول ﷺ إلى يومنا هذا.

وعلى القول بجواز التحكيم المذاهب الأربعة، وجمهور الفقهاء، كما سيأتي بيان ذلك.

---

(١) مسلم بشرح النووي ١٢/ ٢٠.

القيـاس:

يمكن قياس التحكيم على القضاء بجامع فصل الخصومة، كما يمكن قياسه على الاستفتاء في عدم لزومه في الأصل.

حكمـه:

حكم التحكيم الجواز عند جمهور الفقهاء، ولم تختلف المذاهب في أصل مشروعيته لما سبق من الأدلة، والقياس على القضاء والاستفتاء، وإنما اختلافهم فيما قد يحتاجه من قيود وشروط.

قال المازري المالكي: «تحكيم الخصمين غيرهما جائز، كما يجوز أن يستفتيا فقيهاً يعملان بفتواه في قضيتهما»، وجزم ابن فرحون بالجواز فقال: «إذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى ما لم يكن جوراً بيناً»[1].

ونصوص المذاهب ظاهرة متضافرة على جوازه غاية ما هنالك أن المالكية اختلفوا في جوازه ابتداء أو بعد وقوعه، وظاهر كلامهم، ومفهومه جواز التحكيم ابتداء[2].

والحنفية امتنعوا عن الفتوى به مع جوازه خشية أن يتجاسر العوام إلى تحكيم من ليس أهلاً فقالوا: «إن حكم المحكم في المجتهدات نحو الكنايات والطلاق المضاف جائز في ظاهر المذهب عن أصحابنا، إلا أن هذا مما يعلم، ولا يفتى به كي لا يتجاسر الجهال إلى مثل هذا»[3].

إلا أن واقع المذهب أن لو كان المحكم على وفق ما ذكروه من شروط وفي محل الاجتهاد جاز ومضى حكمه، حتى قالوا: «إن فتوى الفقيه للجاهل بمنزلة حكم القاضي المولى، أو حكم المحكم ... »[4].

---

(١) منح الجليل ٨/ ٢٨٥ وحاشية الصاوي على الشرح الصغير للإمام أبي العباس أحمد الصاوي ٤/ ١٩٩ - الناشر: دار المعارف بمصر.

(٢) جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية «مصطلح تحكيم»: أما المالكية: فظاهر كلامهم نفاذه بعد وقوعه.

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية للإمام ابن عمر بن عابدين ٣٠٣، الناشر: دار المعرفة - بيروت.

(٤) المرجع السابق.

والشافعية مع القول بجوازه «بشرط أهلية القضاء فلم يجوزوا تحكيم غير الأهل مع وجود القاضي ولو قاضي الضرورة»[٢] كما سيأتي.

وعند الشافعية قول بعدم الجواز، لأنه يؤدي إلى اختلال أمر الحكام وقصور نظرهم والإفتيات عليهم، وقول بجوازه بشرط عدم وجود قاض بالبلد وهذا هو المعتمد، ولو لغير الأهل، فيمتنع تحكيم غير الأهل، مع عدم وجود قاضي الضرورة إلا إن كان يأخذ مالا له وقع بحيث يضر حال الغارم فيجوز التحكيم، وإن كان القاضي مجتهداً[٣]، وسيأتي تقسيمات مذهبهم تبعا لمحل التحكيم.

---

(٢) حاشية الجمل للإمام سليمان بن منصور العجيلي المصري ٥/ ٣٤٠، الناشر دار الفكر - بيروت.

(٣) حاشية قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة ٧/ ٢٩٨، الناشر: دار الكتب العربية، وحاشية الجمل ٥/ ٣٤٠، وانظر ما نسبه ابن العربي للشافعي من قول في التحكيم أحكام القرآن ٢/ ١٢٥ .

أبيض

المبحث الثاني

التحكيم والقضاء والإفتاء والتحالف

التحكيم والقضاء:

التحكيم من الولايات فهو نوع من القضاء لما فيه من فصل الخصومة، وبيان الحكم الشرعي فالحكم من أنواع القضاء، ولذلك يذكر الفقهاء التحكيم والحكم في باب القضاة أو القضاء. فيتفقان في الإلزام بحكمهما إلا أن القضاء بمثابة الأصل، والتحكيم بمحل الفرع منه، فرتبته أقل وأدنى، ولذا اختلف القضاء عن التحكيم في أمور أهمها:

موضوع القضاء في الخصومات مطلقاً وفي كل ما يعرض عليه، وحكم المحكم لا يصح في الحدود والقصاص والدية على العاقلة - على ما سيأتي ذكره والخلاف فيه -.

ولاية القضاء عامة على الناس، فولايته من ولي الأمر، ومعين من قبله فعمله من المناصب والولايات، وولاية المحكم خاصة فيمن ارتضاه من المتخاصمين «فولاية التحكيم بين الخصمين ولاية مستفادة من آحاد الناس، وهي شعبة من القضاء متعلقة بالأموال دون الحدود واللعان والقصاص»[1]، وقال الشافعي «التحكيم إنما هو فتوى لأنه لا يقدم آحاد الناس الولاة والحكام»[2] فينفذ حكم القاضي على العامة وينفذ حكم المحكمين على من رضي بحكمهما. ويمكن اعتماد التحكيم من ولي الأمر كذلك، باعتباره من السياسة الشرعية، كما هو الحال اليوم .

حكم المحكم يصح فيما يملك المحكمون فعله بأنفسهم، وهي حقوق العباد، ولا يصح في حقوق الله.

---

(١) معين الحكام للإمام علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي ١/ ٢٠، الناشر: دار الفكر - بيروت.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٢/ ١٥٢.

يجوز تحكيم اثنين أو أكثر، ولا بد حينئذ من اجتماعهم، فلو حكم أحدهم دون غيره لا يجوز؛ لأن المحكمين رضيا برأيهما أو رأيهم، وهذا بخلاف القضاء.

أن حكم المحكم في المجتهدات إذا رفع إلى القاضي إن كان موافقاً لرأيه أمضاه وإن كان مخالفاً أبطله - عند بعض الفقهاء - وليس للقاضي أن يبطل حكم قاض آخر في المجتهدات.

شروط القضاة يضعها ولي الأمر كما قررها الفقهاء، بينما شروط المحكم يضعها المتخاصمون مع مراعاة بعض الشروط التي يتفق فيها مع شروط القاضي - على تفصيل في ذلك عند الفقهاء -. وليس هنا ما يمنع من وضع شروط المحكم من ولي الأمر، كما هو الحال اليوم في التحكيم الدولي أو المحلي المعتمد قضاء.

يجوز للمتخاصمين أن يوقفوا التحكيم قبل الشروع فيه، أو قبل صدور الحكم - على خلاف فيه - كما أن لهما أن يعزلا المحكم، بخلاف القضاء[1].

التحكيم والإفتاء:

التحكيم وإن اتفق مع الإفتاء في الإخبار عن الحكم الشرعي في الواقعة محل النزاع أو محل السؤال إلا أن التحكيم ألصق بالقضاء لصفة الإلزام عند جمهور الفقهاء، وليس كذلك صفة الإفتاء؛ ولذا اختلف عن التحكيم في جوانب جوهرية، فاشترط كثير من الفقهاء في المحكم ما يشترط في القاضي دون اشتراط ذلك في المفتي. فالمفتي يخبر عن حكم الواقعة محل السؤال، والقاضي والمحكم ملزم ومنشئ للحكم في الواقعة محل النزاع، والتحكيم محدد في مسائل من النزاع والخصومة وغيرها قال ابن فرحون: «العبادات لا يدخلها الحكم بل الفتيا

---

(١) درر الحكام، مسألة رقم ٦٩٥ ومادة ١٨٣٨، ورد المحتار ٥/ ٤٢٨، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للإمام عثمان ابن علي الزيلعي ٤/ ١٩٣ الناشر: دار الكتاب الإسلامي - بيروت، البحر الرائق ٧/ ٢٣، والفتاوى الهندية ٣/ ٣٩٧، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٣٠٢.

فقط»[1]، وبمثل ذلك قال القرافي وزاد قوله: «فكل ما وجد فيها من الإخبارات فهي فتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة»، وقد عدد القرافي مسائل من باب الفتوى وأخرى من باب الحكم[2].

التحاكم والتحكيم والتحالف والمعاهدات:

يختلف التحاكم و التحكيم عن التحالف اختلافاً بينا، فالتحالف تعاون مشترك لا رفعاً لخصومة، والإسلام يقر ويحبذ التحالف، وقد شارك رسول الله ﷺ فيه فقال: «شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلفاً ما أحب أن لي به حمر النعم، ولو أدعى به في الإسلام لأجبت»[3]، فالحلف جائز ما دام تعاونا على البر والتقوى والأخذ على يد الظالم، وإنصاف المظلوم، ورد الحقوق إلى أصحابها فالأطراف فيه متكافئة ولا حكم فيه لرفع نزاع بين طرفين أو أكثر حتى يكون تحكيماً أو تحاكماً.

ومن هذا أيضاً المعاهدات والاتفاقات الدولية، وهي اتفاق دولي يحقق مصالح دولتين أو أكثر والعبرة بمضمون المعاهدة، فإن كان مشروعاً كالاتفاقات أو المعاهدات التجارية والثقافية ونحوها فلا ريب في جوازها، وإن كانت معاهدات أو اتفاقات موضوعها محرم شرعاً كالمتاجرة بالمحرمات أو إباحة المحرمات فإنه محرم الدخول في هذه المعاهدات أو الاتفاقيات قطعاً.

---

(١) تبصرة الحكام ١/ ٦٥ .

(٢) الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق للإمام أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي ٤/ ١١٢، في الفرق الرابع والعشرين والمائتين – دار الكتب العلمية – الطبعة الأولى ١٤١٨ – ١٩٩٨ بيروت.

(٣) الروض الأنف في شرح السيرة النبوية لابن هشام للإمام عبد الرحمن السهلي، ٢/ ٦٣.

أبيض

المبحث الثالث

شروط التحكيم والمحكم

يشترط في التحكيم أن يكون موافقاً للشرع بأن يكون بالبينة، أو الإقرار أو التوكل ونحو ذلك[1].

ويشترط في المحكم بالكسر العقل، ولا يشترط الحرية والإسلام، فيصح تحكيم ذمي ذمياً وقال الشافعية: يشترط في المحكمين أن يكونا راشدين يتصرفان لأنفسهما، وليس المحكم أصلاً ولا فرعاً لأحدهما ولا عدواً له[2].

شروط المحكم:

يتفق الفقهاء في جملة الشروط وبخاصة أن يكون المحكم أهلاً للقضاء أو الشهادة، إلا أنهم يختلفون في بعض الشروط وفي تفصيلها.

فيشترط الحنفية أن يكون الحكم أهلاً للحكم وقت التحكيم ووقت الحكم أهلاً للقضاء، فلو انتخب الخصمان صبياً وحكم في حال صباه، أو بعد البلوغ بناء على التحكيم السابق فلا يصح حكمه ولا ينفذ[3]. وعبر صاحب الفتاوى الهندية باشتراط أن يكون الحكم من أهل الشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم، حتى إنه إذا لم يكن أهلاً فأعتق، أو ذمياً فأسلم وحكم لا ينفذ حكمه[4].

واشتراط الشهادة أدخل تحكيم المرأة والفاسق ؛ لأنهما من أهل الشهادة وصلاحيتهما للقضاء، والأولى عندهم عدم تحكيم الفاسق[5]، وكذا الكافر في حق

(١) تبيين الحقائق ٤/ ١٩٣.

(٢) رد المحتار ٥/ ٤٢٨، وحاشية الجمل ٥/ ٣٤٠ وحاشيتا قليوبي وعميرة ٧/ ٢٩٨، ومغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للإمام شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ٦/ ٢٦٩ الطبعة الأولى - طبع دار الكتب العلمية ١٤١٥ - ١٩٩٤ بيروت.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، شرح المادة ١٧٩٠ و ١٧٩٤.

(٤) ٣/ ٣٩٧ وقال في رد المحتار: اشتراط الأهلية في الشهادة عند الأداء فقط ٥/ ٤٢٨.

(٥) رد المحتار ٥/ ٤٢٨.

الكافر، لأنه أهل للشهادة في حقه، وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة، وجاز لذلك تحكيم ذمي ذمياً؛ لأنه من أهل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين. ويكون تراضيهما عليه في حقهما وجوازه قياساً على جواز تقليد السلطان للذمي ليحكم بين أهل الذمة، فإذا جاز في القضاء جاز في التحكيم لأن المحكم كالقاضي[1]، ولا يصح تحكيم كافر في حق مسلم أو عبد محجور عليه أو محدود في قذف أو صبي لأنهم ليسوا من أهل الشهادة[2].

كما اشترطوا في المحكم أن يكون معلوماً، فلو كان حكماً مجهولاً كأول من يدخل المسجد لم يجز، وألا يكون بين المحكم وأحد الخصمين قرابة تمنع من الشهادة[3].

واشترط المالكية أن يكون عدلاً، عدل شهادة بأن يكون مسلماً، حراً، بالغاً، عاقلا، غير فاسق وقال اللخمي: «إنما يجوز التحكيم لعدل مجتهد»[4]، وقال المازري: «لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء»[5]، وأن يكون غير خصم أي غير أحد الخصمين؛ لأن الشخص لا يحكم لنفسه ولا عليها، وغير خصم لأحدهما بأن ثبت بينه وبين أحد المتداعيين خصومة دنيوية، وإن لم تصل إلى العداوة.

فإن وقع تحكيم الخصم مضى إن حكم صواباً، وقيل: يجوز ابتداء عند ابن عرفه[6]، فإن كان الخصم من تولية قاض صح حكمه[7].

---

(١) المرجع السابق بتصرف.

(٢) تبيين الحقائق ٤/ ١٩٣.

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩٧.

(٤) منح الجليل ٨/ ٢٨٤.

(٥) تبصرة الحكام ١/ ٦٣.

(٦) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ١٩٨ واستدرك البناني ذلك بقوله «وعلى كل فعلى المصنف درك في التقييد بغير خصم، لأن تحكيم الخصم على جوازه ابتداء أو بعد وقوعه مساو لتحكيم غيره» منح الجليل ٨/ ٢٨٤.

(٧) شرح مختصر خليل للخرشي للإمام محمد بن عبد الله بن علي الخرشي ٧/ ١٤٦، دار الكتب العلمية ١٤١٧ - ١٩٩٧ بيروت.

كما اشترطوا أن يكون المحكم غير جاهل بالحكم بأن يكون غالباً عالماً بما حكم به؛ إذ شرط الحاكم والمحكم العلم بما يحكم به، وإلا لم يصح، ولم ينفذ حكمه بالجهل؛ لأنه تخاطر وغرر، لكن لو شاور الجاهل العلماء وحكم فيصح وينفذ، ولا يقال له حينئذ حكم جاهل[1].

وكذا حكم العامي قال اللخمي: «يجوز تحكيمه إذا استرشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد رد، وإن وافق قول قائل ؛ لأن ذلك تخاطر وغرر[2]، كما لا يجوز تحكيم غير مميز لجنون أو وسوسة أو إغماء»[3].

واختلف المالكية في تحكيم صبي وعبد وامرأة وفاسق فيما يصح فيه التحكيم أي في المال والجُرح على أربعة أقوال: الصحة مطلقاً، وهو لأَصبَغ، وعدم الصحة مطلقاً، وهو لُمطَرِّف ومقتضى قول المازري، والثالث: الصحة إلا في تحكيم الصبي المميز، لأنه غير مكلف ولا إثم عليه إن جار وهو لأشهب، والرابع الصحة إلا في تحكيم الصبي الفاسق وهو لعبد الملك[4].

وعلى هذا فجمهور المالكية على جواز تحكيم المرأة والعبد، وهم بهذا يتفقون مع الحنفية في صحة تحكيم المرأة، واشترط الشافعية أهلية المحكم للقضاء، ولكنهم اختلفوا في المراد بالأهلية هل هي الأهلية المطلقة أي العلم بحكم سائر المسائل، أو العلم بحكم المسألة محل النزاع فقط، فقال الزركشي: «المراد الأهلية المطلقة لا بالنسبة لتلك الحادثة فقط»، قال: ونقل في الذخائر الاتفاق على ذلك من المجوزين للتحكيم، وقال القاضي في شرح الحاوي يشترط العلم بتلك المسألة فقط.

---

(١) المراجع الأربعة السابقة بتصرف.

(٢) تبصرة الحكام ١/ ٦٣.

(٣) يمكن أن يستغنى عن شرط «غير مميز» بشرط ألا يكون جاهلاً، منح الجليل ٤/ ٢٨٤.

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي ٧/ ١٤٧، ومنح الجليل ٨/ ٢٨٤، وحاشية الصاوي ٤/ ٢٠٠ والنوادر والزيارات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، للإمام أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني ٥/ ٢٨٢ تحقيق الأستاذ محمد عبد العزيز الدباغ - طبع دار الغرب الإسلامي - الطبعة الأولى ١٩٩٩ بيروت.

واختلفوا في تحكيم غير الأهل فالمعتمد عندهم: أنه لا يجوز تحكيم غير الأهل مطلقا، ولو مع وجود قاضي الضرورة إلا في النكاح إذا فقدت القاضي، وكانت المرأة في سفر فولت أمرها عدلاً يزوجها وإلا إذا ترتب على الرفع لقاضي الضرورة غرامة مال على الحكم، يشق عليه عادة ولا يحتمله مثله فإن فقد القاضي مطلقا حتى قاض الضرورة كالفاسق[1]، واحتيج إلى الحاكم جاز تحكيم أصلح وأفضل من يوجد من العدول بخلاف غيرهم.

وبشرط أهلية القضاء لا يجوز تحكيم الأعمى ولا الأصم ولا المرأة ولا الخنثى ولا الرقيق ولا الكافر ولو في خصم كافر وكذا لا يجوز في نحو ولده، ومن يتهم في حقه، ولا على عدوه[2]. وقال ابن أبي الدم: لو تحاكم إليه بالتحكيم ولده، وأجنبي، فحكم لولده، أو لوالده على الأجنبي ففي جوازه وجهان. أحدهما: لا يجوز كالقاضي المطلق، والثاني بلى ؛ لأن ذلك وقع عن رضا بينهما، وهكذا لو حكم على عدوه، فيه وجهان أيضاً[3].

وللشافعية تفصيل وخلاف ذكره الماوردي فقال: إن كان التحكيم من المتنازعين لمن لا يجوز أن يشهد لهما ولا عليهما - والذي لا يجوز أن يشهد لهما والد وولد، والذي لا يجوز أن يشهد عليهما عدو - فينظر: فإن حكم على من لا يجوز أن يشهد له من والد أو ولد لمن يجوز أن يشهد له من الأجانب جاز، كما يجوز أن يشهد عليه وإن لم يجز أن يشهد له.

وإن حكم لمن لا يجوز أن يشهد له من والد أو ولد على من يجوز أن يشهد له من الأجانب ففي جوازه وجهان:

أحدهما: لا يجوز حكمه له، كما لا يجوز أن يحكم له بولاية القضاء.

---

(١) ومن فَقدِهِ ما لو منعه الإمام من الحكم في بعض المسائل، فيجوز التحكيم فيما منع منه، لأنه معزول بالنسبة له.
(٢) حاشية الجمل ٥/ ٣٤٠ وحاشيتا قليوبي وعميرة ٧/ ٢٩٨، ومغنى المحتاج ٦/ ٢٦٩.
(٣) أدب القضاء ١/ ٤٣١.

والثاني: يجوز أن يحكم له بولايـة التحكـيم وإن لم يجـز أن يحكـم لـه بولايـة القضاء ؛ لأن ولاية التحكـيم منعقـدة باختيارهمـا فـصار المحكـوم عليـه راضـياً بحكمه عليه، وخالفت الولاية المنعقـدة بغـير اختيارهمـا وإن حكـم لعـدوه نفـذ حكمه، وإن حكم على عدوه ففي نفوذ حكمه عليه ثلاثة أوجه:-

الوجه الأول: لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء ولا بولاية التحكـيم كـما لا يجوز أن يشهد عليه.

الوجه الثاني: يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء، وولاية التحكيم، بخـلاف الشهادة، لوقوع الفرق بينهما، بأن أسباب الشهادة خافية وأسباب الحكم ظاهرة.

الوجه الثالث: أنه يجوز أن يحكم عليه بولاية التحكيم لانعقادها عن اختياره ولا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء لانعقادها بغير اختياره[1].

كما اشترط الشافعية في المحكم أن يتفق الخصمان عـلى الـتراضي بـه إلى حـين الحكم، فإن رضي به أحدهما دون الآخر، أو رضيا به ثم رجعـا، أو رضي أحـدهما بطل تحكيمه، ولم ينفذ حكمه سواء حكم للراضي أو للراجع[2].

(١) أدب القاضي ٢/ ٣٨٥ و ٣٨٠.

(٢) المرجع السابق ٢/ ٣٨٠.

أبيض

المبحث الرابع
ما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز

ما يجوز فيه التحكيم:

أجاز الحنفية التحكيم في كل ما يملك المحكمان فعله في أنفسهما من حقوق العباد، وبناء على هذا قالوا يجوز التحكيم في الأموال والطلاق، والعتاق والنكاح، وتضمين السرقة، وفي سائر المجتهدات، ومع أن هذا هو الصحيح في المذهب إلا أن مشايخ الحنفية امتنعوا عن هذا للفتوى كي لا يتجاسر العوام فيه[1]، كما سبقت الإشارة.

وأجاز المالكية التحكيم في كل ما يصح لأحد المحكمين ترك حقه فيه، فقالوا: بجواز التحكيم في الأموال من دين وبيع وشراء فللمحكم الحكم بثبوت ما ذكر أو عدم ثبوته، ولزومه وعدم لزومه وجوازه وعدمه، كما يجوز التحكيم في الجرح عمداً أو خطأ، ولو عظم كجائفة وآمة ومنقلة وموضحة، أو قطع لنحو يد[2].

وعند الشافعية يجوز التحكيم في حقوق الأموال، وعقود المعاوضات، وما يصح فيه العفو والإبراء، وعندهم قسم مختلف فيه، كما قال الماوردي، وهو أربعة أحكام: النكاح واللعان، والقذف والقصاص. ففي جواز التحكيم، فيها وجهان: أحدهما: يجوز لوقوفها على رضا المتحاكمين.

والثاني: لا يجوز؛ لأنها حقوق وحدود يختص الولاة بها، وفي مغني المحتاج وغيره جواز التحكيم في المال دون القصاص والنكاح ونحوهما كاللعان وحد القذف[3].

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩٧، وتبيين الحقائق ٤/ ١٩٣، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٣٠٢.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ١٩٨، وشرح مختصر خليل ٧/ ١٤٦، وفتح الجليل شرح مختصر خليل ٨/ ٢٨٤.

(٣) أدب القضاء للماوردي ٢/ ٣٨١، ومغنى المحتاج ٦/ ٢٦٨، وحاشية الجمل ٥/ ٣٣٩، وحاشية قليوبي وعميرة ٧/ ٢٩٨.

أما الحنابلة فقد اختلفوا في ما يجوز التحكيم فيه. فقال أبو الخطاب ظاهر كلام أحمد أن التحكيم يجوز في كل ما يتحاكم فيه الخصمان قياساً على قاضي الإمام، وقال القاضي: يجوز حكمه في الأموال خاصة. ونص موفق الدين بن قدامه على نفاذ حكم المحكم في المال والقصاص والحدود والنكاح واللعان، قال المرداوي: وهو المذهب[1].

ما لا يجوز فيه التحكيم:

يمكن تأصيل قاعدة ما لا يجوز التحكيم فيه عند المذاهب قبل بيان تفصيلها فيما يلي:-

عند الحنفية: كل ما كان حقاً لله تعالى، أو في كل مالا ولاية للمحكمين عليه.

عند المالكية: كل ما كان حقاً لله تعالى، أو تعلق به حق غير الخصمين.

وعند الشافعية: كل ما كان حقاً لله تعالى خالصاً، أو فيما هو عقوبة له أو في كل ما ليس له طالب معين، وأضافوا النكاح واللعان ربما لتعليل المالكية في تعلق الحق بغير الخصمين.

وعند الحنابلة: في كل ما كان حقاً لله خالصاً، مع إضافة النكاح واللعان للتعليل السابق.

وفيما يلي بيان مذاهبهم:-

عند الحنفية:

لا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص، والدية على العاقلة وقال بعض الحنفية: إن هذا في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى؛ لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها، وليس للمحكمين ولاية على سائر الناس، ولذلك جاز التحكيم في

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للإمام علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرداوي على المقنع للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي ١١/ ١٨٧ تحقيق محمد حسن إسماعيل- دار الكتب العلمية - الطبعة الأولى ١٤١٨ - ١٩٩٧ بيروت.

القصاص في إحدى الروايتين عند الحنفية، وجاز في حد القذف لأنها من حقوق العباد.

والإمام أبو حنيفة على عدم الجواز في القصاص، ولكن قال الجصاص: ينبغي أن يجوز وعلل ذلك، بأن ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز، فكذا إذا حكم فيه ؛ لأنه من حقوق بني آدم، والصحيح عندهم عدم جواز التحكيم في الحدود والقصاص ؛ لأن حكم الحكم بمنزلة الصلح، ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ؛ لأنه لا ولاية لهما على دمهما[١]؛ ولأنهما يندرئان بالشبهات، وفي حكم المحكم شبهة، لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهما وهذه شبهة عظيمة.

وأما عدم جوازه في الدية على العاقلة ؛ لأنه لا ولاية لهما على العاقلة، فلو حكماه في دم الخطأ فقضى بالدية على العاقلة، أو على القاتل في ماله لا ينفذ حكم من حكماه على العاقلة، ولا على القاتل.

أما الأول: فلعدم التزام العاقلة حكمه وعدم رضا العاقلة به، وحكم المحكم إنما ينفذ على من رضي بحكمه[٢]، ولكن لو أن العاقلة حكموه نفذ حكمه لولايته عليهم حينئذ[٣].

وأما الثاني: فلكونه مخالفا لحكم الشرع ؛ لأن الدية تجب على العاقلة لا على القاتل، لكن لو أن القتل ثبت بإقرار القاتل، أو ثبت جراحته ببينة وأرشها أقل مما تتحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة أو عمداً، أو كان قدر ما تتحمله العاقلة، ولكن الجراحة كانت عمداً لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه ؛ لأن العاقلة لا تعقله[٤].

---

(١) تبيين الحقائق ٤/ ١٩٣، وفتح القدير، للإمام كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام ٧/ ٣١٨، الناشر: دار الفكر بيروت.

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩٧.

(٣) فتح القدير ٧/ ٣١٩.

(٤) تبيين الحقائق ٤/ ١٩٣، وفتح القدير ٧/ ٣١٩ و٣٢٠.

عنـد المالكية:

حدد المالكية ما لا يجوز التحكـيم فيـه في الحـدود مثـل حـد القـذف والزنـا والسرقة والسكر والجلد والرجم، والقصاص في الـنفس، كـما نـصوا عـلى عـدم جواز التحكيم في قتل في ردة أو حرابة؛ لأنه حق لله لتعدي حرماته، وكـذا تـارك الصـلاة، ولا في عتق ولا في ولايـة لشـخص عـلى آخـر، ولا في نـسـب كـذلك، ولا طلاق، وأيضاً لا يجوز التحكيم في فـسخ لنكــاح ونحــوه، ولا فــي رشــد وسفـه، ولا في أمر غائب ممـا يتعلـق بـهـا لـه، وزوجتـه، وحياتـه، وموتـه، ولا في حبس، ولا في عقد مما يتعلق بصحته وفساده ؛ لأن هـذه الأمـور إنـما يحكـم فيهـا القضاة، فلا يجوز التحكيم فيها لتعلق الحق بغير الخصمين.

إما لله تعالى كالحدود؛ لأن المقصود منها الزجر وهو حـق لله تعـالى، والقتـل لأنه إما لردة أو حرابة وكله حـق لله لتعـدي حرماتـه، والعتـق، لأنـه لا يجـوز رد العبد إلى الرق ولو رضي بذلك، وكذا الطلاق البائن لا يجوز رد المرأة إلى العصمة ولو رضيت بذلك فالطلاق فيه حق لله تعـالى إذ لا يجـوز أن تبقـى المـرأة المطلقـة البائن في العصمة.

وإما لآدمي كاللعان والولاء والنسب، ففي اللعان حق الولـد في نفـي نـسبه من أبيه، وفي الولاء والنسب ترتيب أحكامهما من نكاح وعدمه، وإرث وعدمـه، وغير ذلك على الذريـة التي ستوجد[1] فلا يسري ذلك على غير المحكمـين، ومـن يسري ذلك إليه لم يرض بحكم المحكم.

عنـد الشافعية:

مذهب الشافعية عدم جواز التحكيم في الحدود، وبتعبير أشمل عدم الجـواز فيما هو عقوبة لله تعـالى ليتنـاول التعزيـر، وفي قـول لا يجـوز في قـصاص ونكـاح

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ١٩٨ وما بعدها، ومنح الجليل ٨/ ١٨٤ بتصرف يسير، وحاشية الخـرشي على مختصر ٧/ ٤٨٦.

ونحوهما كاللعان وحد قذف وعللوا ذلك بخطر أمرها فتناط بنظر القاضي ومنصبه.

وعللوا لعدم جواز التحكيم في حدود الله تعالى بأن ليس لها طالب معين، وعليه فحق الله تعالى المالي الذي لا طالب له معين لا يجوز فيه التحكيم[1].

عند الحنابلة:

ظاهر كلام أحمد كما قال أبو الخطاب أن التحكيم في ما يتحاكم فيه الخصمان، وقال القاضي: يجوز حكم المحكم في الأموال خاصة، فأما النكاح والقصاص وحد القذف فلا يجوز التحكيم فيها لأنها مبنية على الاحتياط فيعين للحكم فيها قاضي الإمام كالحدود[2]، وفي المغنى قال القاضي: ينفذ حكم من حكماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء: النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص؛ لأن لهذه الأحكام ميزة على غيرها فاختص الإمام بالنظر فيها، ونائبه يقوم مقامه. قال الشيخ تقي الدين ابن تيميه: خصوا اللعان لأن فيه دعوى وإنكار وبقية الفسوخ كإعسار[3].

فيتفق الفقهاء على عدم جواز التحكيم في القصاص وفي الحدود على خلاف فيما كان حقاً لله فلا يجوز فيه التحكيم، أو حقاً لآدمي فيجوز فيه التحكيم عند البعض.

---

(١) مغني المحتاج ٦/ ٢٦٨، وحاشية الجمل ٥/ ٣٣٩ وحاشية قليوبي وعميرة ٧/ ٢٩٨.

(٢) الكافي ٤/ ٢٢٤ عن هامش الإنصاف ١١/ ١٨٧.

(٣) المغني والشرح الكبير ١١/ ٤٨٥، وفي المحرر ذكر أن هذه الأربعة على روايتين، هامش الإنصاف ١١/ ١٨٧.

أبيض

المبحث الخامس

صفة الحكمين

اختلف الفقهاء في صفة الحكمين - في معرض كلامهم عن المحكمين في الشقاق بين الزوجين - هل هما حاكمان، أو وكيلان على قولين:

الأول: أنهما وكيلان، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي في قول، وأحمد في رواية، وقول عطاء والحسن بن أبي الحسن، وبه قال الطبري والزيدية.

الثاني: أنهما حاكمان، وهذا قول أهل المدينة، ومالك، وأحمد في الرواية الأخرى، ورجحها الإمامان ابن تيمية وابن القيم والشافعي في القول الآخر، وروى ذلك عن علي وعثمان وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والأوزاعي، وإسحاق، وابن المنذر، وحكاه ابن كثير عن الجمهور، وقال ابن عطية: هو مذهب مالك والجمهور من العلماء.

وقال ابن شاس من المالكية: المبعوثان حكمان لا وكيلان، وإن كان البعث من جهة الزوجين ألا ترى أن للزوجين دخولاً في التحكيم، ولا مدخل لها في تمليك الطلاق.

وقال ابن العربي في قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا**﴾ (النساء:٣٥)، هذا نص من الله سبحانه في أنهما حاكمان لا وكيلان[1]. وعند الشافعية هما وكيلان في الأظهر، وفي قول هما حاكمان موليان من الحاكم واختار الثاني جمع من الشافعية[2].

---

(١) رد المحتار ٥/ ٤٢٨، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة للإمام جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس ٢/ ١٣٥، تحقيق الدكتور محمد أبو الأجفان والأستاذ عبد الحفيظ منصور الطبعة الأولى - طبع دار الغرب ١٤١٥ - ١٩٩٥ وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٣٩، والمحرر للإمام ابن عطية ٤/ ٤٨، وفتح القدير للإمام الشوكاني ١/ ٤٦٣.

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٢٩.

وعند الحنابلة قال في المغني: اختلفت الرواية عن أحمد في الحكمين، ففي إحدى الروايتين عنه: أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا بإذن منهما. والثانية: أنهما حاكمان، ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق، بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما.

وحجة من قال إنهما وكيلان: أن البضع حق الزوج والمال حق الزوجة وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما، أو ولاية عليهما[1]، ولأن الطلاق لا يدخل تحت الولاية إلا في المولى، وهو خارج عن القياس[2].

واحتج الإمام الجصاص بقول أصحابه من الحنفية فقال: ليس للحكمين أن يفرقا إلا أن يرضى الزوج ؛ وذلك لأنه لا خلاف أن الزوج لو أقر بالإساءة إليها لم يفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين، وكذلك لو أقرت المرأة بالنشوز لم يجبرها الحاكم على خلع ولا على رد مهرها، فإذا كان كذلك حكمهما قبل بعث الحكمين فكذلك بعد بعثهما، لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضى الزوج وتوكيله، ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها فلذلك قال أصحابنا: إنهما لا يجوز خلعهما إلا برضى الزوجين فليس للحكمين أن يفرقا إلا برضى الزوجين ؛ لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان، وإنما الحكمان وكيلان لهما، أحدهما وكيل المرأة والآخر وكيل الزوج في الخلع أو في التفريق بغير جعل إن كان الزوج قد جعل إليه ذلك.

ثم قال: كيف يجوز للحكمين أن يخلعا بغير رضاه، ويخرجا المال عن ملكها، وقد قال الله تعالى: ﴿**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً**﴾ (النساء:٤)، وقال تعالى: ﴿**وَلا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلا**

---

(١) المغني مع الشرح الكبير ٨/ ١٦٩.

(٢) مغني المحتاج ٤/ ٤٢٩.

﴿جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (البقرة:٢٢٩)، وهـذا الخـوف المـذكور ههنـا هـو المعنـي بقولـه تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾، وحظر الله عـلى الزوج أخذ شيء مما أعطاها إلا على شريطة الخوف منهما ألا يقيما حدود الله، فأباح حينئذ أن تفتدي بما شاءت، وأحل للزوج أخذه فكيف يجوز للحكمـين أن يوقعـا خلعاً أو طلاقاً من غير رضاهما، وقد نص الله على أنـه لا يحـل لـه أخـذ شيء ممـا أعطى إلا بطيبة من نفسها أو أن تفتدي به فالقائل بـأن للحكمـين أن يخلعـا بغـير توكيل من الزوج مخالف لنص الكتاب. وهذا استدلال ظاهر القوة.

وقال أيضاً: إن في فحوى الآية ما يدل على أنه ليس للحكمين أن يفرقا وهـو قوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا﴾، ولم يقـل إن يريـدا فرقـة، وإنـما يوجه الحكمان ليعظا الظالم منهما وينكرا عليه ظلمه، وإعلام الحاكم بذلك ليأخـذ هو على يده، فإن كان الزوج هو الظالم أنكرا عليه ظلمه، وقالا له: لا يحل لـك أن تؤذيها لتخلع منك، وإن كانت هي الظالمة قالا له: قد حلت لك الفديـة وكـان في أخذها معذوراً لما يظهر للحكمين من نـشوزها فـإذا جعـل كـل واحـد مـنهما إلى الحكم الذي من قِبَلِهِ ماله من التفريق والخلع كانا مع ما ذكرنا من أمرهما وكيلـين جائز لهما أن يخلعا إن رأيا وأن يجمعا إن رأيا ذلك صلاحاً فهما في حـال شـاهدان، وفي حال مصلحان، وفي حال آمران بمعروف وناهيـان عـن منكـر، ووكـيلان في حال إذا فوض إليهما الجمـع والتفريـق. وأما قول مـن قال: إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل من الزوجين فهو تعسف خارج عن حكم الكتاب والسنة[1]. وهـو استلال ظاهر القوة أيضاً.

واحتج من قال بأنهما حاكمان بأدلة كثيرة منها:-

أن رجلاً وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فئام من النـاس فقـال عـلي ﷺ: ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها فبعثوا حكمين ثم قال علي للحكمين: هـل

(١) أحكام القرآن، للإمام أبي بكر أحمد بن علي الجصاص ٢/ ١٩٠ طبع الأستانة.

تدريان ما عليكما من الحق؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله علي ولي، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت حتى ترضى بما رضيت به وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك، ويروى أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس، وحكماً من أهلها معاوية، فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا.

إن الله تعالى قد نصبهما حكمين، وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلاً من أهله، ولتبعث وكيلاً من أهلها، فلو كانا وكيلين، لم يختصا بأن يكونا من الأهل.

إن الله جعل الحكم إليهما فقال: ﴿**إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا**﴾، والوكيلان لا إرادة لهما إنما يتصرفان بإرادة موكلهما.

إن الوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن، ولا في لسان الشارع، ولا في العرف العام ولا الخاص، فإن للوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحكم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بين الله سبحانه وتعالى كل واحد منهما فلا ينبغي لأحد أن يركب معنى أحدهما على الآخر فذلك تلبيس وإفساد للأحكام، وإنما يسير المحكمان بإذن الله، ويخلصان النية لوجه الله، وينظران فيما عند الزوجين بالتثبيت، فإن رأيا للجمع وجهاً جمعا، وإن وجداهما قد أنابا تركاهما. وهذا استدلال ظاهر القوة.

الحكم من له ولاية الحكم والإلزام، وليس للوكيل شيء من ذلك.

الحكم أبلغ من حاكم، لأنه صفة مشبهة باسم الفاعل دالة على الثبوت، ولا خلاف بين أهل العربية في ذلك، فإذا كان اسم الحاكم لا يصدق على الوكيل المحض، فكيف بما هو أبلغ منه.

إن الله سبحانه خاطب بذلك غير الزوجين، وكيف يصح أن يوكل عن الرجل والمرأة غيرهما وهذا يحوج إلى تقدير الآية هكذا: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾، فمروهما أن يوكلا وكيلين: وكيلاً من أهله، ووكيلاً من أهلها، ومعلوم بُعدُ لفظ الآية ومعناها عن هذا التقدير وأنها لا تدل عليه بوجه، بل هي دالة على خلافه.

بعث عثمان بن عفان عبد الله بن عباس ومعاوية حكمين بين عقيل بن أبي طالب وامرأته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة، فقيل لهما: إن رأيتما أن تفرقا فرقتما[1].

وصح عن علي بن أبي طالب أنه قال للحكمين بين الزوجين، عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما - كما سبق الإشارة -[2].

فهذا عثمان، وعلي، وابن عباس، ومعاوية، جعلوا الحكم إلى الحكمين، ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف، وإنما يعرف الخلاف بين التابعين فمن بعدهم.

ومن عرض الرأيين وأدلتهما يظهر قوة أدلة الفريقين ولكن يظهر لي - والله أعلم - رجحان القول بأنهما حاكمان . وهو الأوفق لمقام التحكيم في هذا العصر، ولتحقيق غايته وبخاصة فصل الخلاف في المؤسسات المالية الإسلامية أو غيرها.

ويتفرع على القول بأنهما حكمان أو وكيلان أمور منها:

إذا قلنا: إنهما وكيلان، فهل يجبر الزوجان على توكيل الزوج في الفرقة بعوض وغيره وتوكيل الزوجة في بذل العوض، أو لا يجبران؟ فإن قلنا: يجبران، فلم يوكلا، جعل الحاكم ذلك إلى الحكمين بغير رضى الزوجين، وإن قلنا: إنهما حكمان، لم يحتج إلى رضى الزوجين.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ١١٨٨٥، والطبري ٥/ ٤٥، ورجاله ثقاة، زاد المعاد وهامشه للإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية ٥/ ١٧٣ مؤسسة الرسالة - الطبعة الأولى ١٤١٧ - ١٩٩٦ بيروت.

(٢) أخرجه الشافعي في المسند ٢/ ٣٦٢، وفي الأم ٥/ ١٧٧،والطبري ٩٤٠٧،وعبد الرزاق في المصنف ١١٨٨٣ والبيهقي في المسنن ٧/ ٣٠٥، ٣٠٦ وإسناد صحيح، زاد المعاد لابن القيم وهامشه ٥/ ١٧٣، وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٣٩، وعقد الجواهر الثمينة للإمام جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس ٢/ ١٣٥ - الطبعة الأولى دار الغرب ١٤١٥ - ١٩٩٥ بيروت مغني المحتاج ٤/ ٤٢٩ والمغني والشرح الكبير ٨/ ١٦٩.

ومنها: ما لو غاب الزوجان أو أحدهما، فإن قيل: إنهما وكيلان، لم ينقطع نظر الحكمين وإن قيل: حكمان، انقطع نظرهما لعدم الحكم على الغائب، وقيل: يبقى نظرهما على القولين؛ لأنهما يتصرفان لحفظهما، فهما كالناظرين. وإن جن الزوجان، انقطع نظر الحكمين، إن قيل: إنهما وكيلان ؛ لأنهما فرع الموكلين، ولم ينقطع وإن قيل: إنهما حكمان، لأن الحاكم يلي على المجنون. وقيل: ينقطع أيضاً؛ لأنهما منصوبان عنهما، فكأنهما وكيلان، ولا ريب أنهما حكمان فيهما شائبة الوكالة، ووكيلان منصوبان للحكم، فمن العلماء من رجح جانب الحكم، ومنهم من رجح جانب الوكالة، ومنهم من اعتبر الأمرين[1].

---

(١) المراجع السابقة، ومغني المحتاج.

المبحث السادس
أحوال المحكم والتحكيم

(أ) إذا حكم المحكم فيما لا يجوز له الحكم فيه:

إذا حكم المحكم فيما لا يجوز له الحكم فيه كالحكم في حد أو قصاص أو لعان أو غيره مضى حكمه، ولا ينقضه الإمام، ولا القاضي إن حكم صواباً؛ لأن حكم المحكم يرفع الخلاف، ولكن يؤدب المحكم إن أنفذ حكمه بأن قتل أو ضرب، أما لو حكم ولم ينفذ، فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة ولا يؤدبه[1]. أما إن لم يصب فعليه الضمان، فإن ترتب على حكمه إتلاف عضو فالدية على عاقلته، وإن ترتب عليها إتلاف مال كان الضمان في ماله[2].

وقال الشافعية والحنابلة: ليس للمحكم أن يحبس، بل غايته الإثبات والحكم، وقال الغزالي: إذا حكم بشيء من العقوبات كالقصاص، وحد القذف لم يستوفه ؛ لأن ذلك يخرم أبهة الولاية[3]. وقال ابن أبي الدم: المذهب أنه لا يحبس، بل ليس له إلا الإثبات، ولا خلاف أنه ممنوع من استيفاء العقوبات إن جوزنا التحكيم فيها، لأنها تخرم أبهة الولاية العامة[4].. وما ذكر هاهنا من الحكم والإنفاذ لا يتأتى في التحكيم اليوم لا من حيث الموضوع ولا من حيث التنفيذ، وهو الذي ينبغي المصير إليه.

(ب) إذا تعدى حكم المحكم غير المتنازعين:

من المتفق عليه عند الفقهاء أن حكم المحكم لا يلزم غير المتخاصمين ؛ لأن مبناه على الرضا فإذا تعدى إلى غيرهما لم يلزم، وهذا ما جرى عليه الفقهاء في

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل ٨/ ٢٨٥، وحاشية الصاوي ٤/ ٢٠٠، وتبصرة الحكام ١/ ٤٤، ومغني المحتاج ٦/ ٢٦٨.

(٢) حاشية الصاوي ٤/ ٢٠٠.

(٣) مغني المحتاج ٦/ ٢٦٨.

(٤) أدب القضاء ١/ ٤٣٠.

اللعان والنسب ونحوهما مما سبق ذكره. وفصل الماوردي فيما إذا تعدى الحكم إلى غير المتنازعين فجعله على ضربين:-

الضرب الأول: ما كان منفصلاً عن الحكم، ولا يتصل به، إلا عن سبب موجب كتحاكمهما إليه في دين فأقام به مدعيه بينة شهدت بوجوب الدين، وأن فلاناً ضامنه لزم حكمه في الدين، ولم يلزم حكمه في الضمان لوجود الرضا ممن وجب عليه الدين، وعدم الرضا ممن وجب عليه الضمان.

الضرب الثاني: أن يكون متصلاً بالحكم، ولا ينفصل عنه، إلا بسبب موجب كتحاكمهما إليه في قتل خطأ قامت به البينة ففي وجوب الدية على العاقلة التي لم ترض بحكمه وجهان:

الوجه الأول: تجب عليه الدية لوجوبها على الراضي بحكمه إذا قيل إن الدية تجب على الجاني ثم تتحملها عنه العاقلة.

الوجه الثاني: لا تجب على العاقلة الدية ؛ لأنهم لم يرضوا بحكمه إذا قيل أن الدية تجب ابتداء على العاقلة[1].

(ج) إذا خالف حكم المحكم مذهب القاضي:

إذا رفع المحكمان حكم المحكم إلى القاضي وتحاكما عنده نفذه إن وافق مذهبه؛ لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه، ثم فائدة هذا الإمضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه إذا رفع إليه ؛ لأن إمضاءه بمنزلة قضائه ابتداءً، ولو لم يمضه لنقضه، وإن لم يوافق مذهبه أبطله ؛ لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما إذا رفع إليه حكم حاكم حيث لا يبطله، وإن خالف مذهبه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع؛ لأن المولى من جهة الإمام له ولاية على الناس كافة فكان نائباً له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل، فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الإمام نفسه.

---

(١) أدب القضاء ٢/ ٣٨٤.

بخلاف المحكم؛ لأنه باصطلاح الخصمين، فلا يكون له ولاية على غيرهما، ولا يلزم القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما إذا رأى خلاف ذلك فكذا هذا؛ وهذا لأنه أعطى له حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضاء، وفي حق غيرهما كواحد من الرعايا، لكن لو غاب المحكم أو أغمي عليه، وبرئ منه أو قدم من سفره أو حبس كان على حكمه ؛ لأن هذه الأشياء لا تبطل الشهادة، فلا تبطل الحكومة، وكذا لو ولي القضاء ثم عزل عنه فهو على حكومته ؛ لأن العزل لم يوجد من جهة المحكمين، وإنما وجد من جهة الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي، وكذا لو حكم بينهما في بلد آخر جاز ؛ لأن التحكيم حصل مطلقاً فكان له الحكومة في الأماكن كلها[1]. لكن قال الشافعية: إذا ثبت الحق عنده وحكم به أو لم يحكم فله أن يشهد على نفسه في المجلس خاصة، إذ لا يقبل قوله بعد الافتراق كالقاضي بعد العزل[2].

(د) الرجوع عن التحكيم:

ما كان التحكيم مبنياً على رضا الخصمين فقد اختلف الفقهاء في حقهما أو حق أحدهما في الرجوع عن التحكيم. فمن اشترط استمرار الرضا إلى صدور الحكم أجاز الرجوع، ومن لم يشترط لم يجز الرجوع. وبمعنى آخر هل عقد التحكيم عقد لازم للطرفين بعد انعقاده لا يفسخ إلا برضى الطرفين، أو هو عقد غير لازم يجوز لأي منهما أن يفسخه متى شاء.

فذهب الحنفية إلى جواز رجوع أي من الخصوم عن التحكيم قبل أن يصدر حكم المحكم، لا بعد صدور الحكم.

وعند المالكية لا يشترط دوام رضا الخصمين إلى حين نفوذ الحكم، بل لو أقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم فليقضي بينهما ويجوز حكمه، وقال

---

(١) تبيين الحقائق ٤/ ١٩٣، وفتح القدير ٧/ ٣٢٠.

(٢) مغني المحتاج ٦/ ٢٦٨.

أصبغ لكل واحد منهما ما لم ينشبا في الخصومة عنده فيلزمهما التمادي فيها، وقال سحنون بقول الحنفية لكل واحد منهما الرجوع ما لم يفصل الحكم بينهما.

وقال الحنفية وهو الأظهر عند الشافعية وبعض المالكية وبعض الحنابلة، بجواز الرجوع قبل تمام الحكم، وقالوا إن كان بعد إقامة البينة والشروع فيه، فيمتنع الرجوع .

وقال الحنابلة بجواز الرجوع قبل الشروع في الحكم، وأما بعد الشروع فوجهان: الأول: له الرجوع. والثاني: ليس له الرجوع وصوبه المرداوي[1].

وجواز الرجوع قبل الشروع هو اتجاه جمهور المالكية والحنابلة في المشهور عندهم، وبهذا أخذ مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم (٩١/ ٨/ ٩) حيث نص على: «التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع المحكم في التحكيم، ويجوز للمحكم أن يعزل نفسه - ولو بعد قبوله - مادام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين ؛ لأن الرضا مرتبط بشخصه».

ونرجح ما ذهب إليه مجمع الفقه، ما لم يكن اتفاق التحكيم متفق عليه في العقد قبل النزاع، فنرى إلزامه للطرفين ولو قبل الشروع ؛ فقد أصبح شرطاً واجب الوفاء شرعاً.

(هـ) الإشهاد على الحكم:

وهو شرط عند الحنفية لقبول قول المحكم عند الإنكار وليس شرطاً لصحة التحكيم، ويشترطون الإشهاد في مجلس القضاء[2].

وعند الشافعية ينبغي أن يشهد على نفسه في المجلس الذي حكم بينهما فيه قبل تفرقهم؛ لأن قوله بعد الافتراق لا يقبل، كما لا يقبل قول الحاكم المطلق بعد العزل[3].

(١) درر الحكام المادة ٨٤٧ وشرحها وتبيين الحقائق ٤/ ١٩٣، وتبصرة الحكام ١/ ٤٤، ومغني المحتاج ١/ ٤٣ والإنصاف ١١/ ١٨٧.

(٢) العناية شرح الهداية للإمام محمد بن محمد بن محمود البابرتي ٢١/ ٦٣ الناشر: دار الفكر - بيروت.

(٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٤٣٢.

(و) عـزل المحكم:

لكل من الطرفين عزل المحكم قبل الحكم - والرجوع عن التحكـيم بمثابـة العزل - سواء كانا متفقين أو كان العزل من أحدهما ولم يرض الآخر، وعلى هـذا يكون التحكيم من العقود غير اللازمة ويـرد هنـا إشـكال في أن التحكـيم يثبـت بتراضي الطرفين فيجب أن يثبت العزل أيضاً بتراضيهما حتى يكون ذلـك كفـسخ العقد.

فيرد ذلك بأن من الجائز أن لا يثبت العقـد إلا باتفـاق الطـرفين، وأن ينفـرد أحد الطرفين بفسخ ذلك العقد كالمضاربة والشركة، وعـلى ذلـك للطـرفين عـزل المحكم، ولو شرط عدم عزله واتفقا على ذلك إذ ليس لهذا الشرط حكم، كـما أنـه لو شرط عدم عزل القاضي المنصوب من قبل السلطان جاز عزله.

ويتفرع على هذا أنه لو حاكم المحكم الطرفين وقال: إنني أرى المـدعي محقـاً في دعواه فعزله المدعى عليه قبل الحكم، وحكم المحكم بعد ذلـك للمـدعي فـلا ينفذ حكمه، كذلك لو حكم الطرفان حكماً ليفصل الست الدعاوى مثلاً، ففصل هذا الحكم قضية أو قضيتين لصالح أحـد الطـرفين، وحكـم عـلى الآخـر فعـزل المحكوم عليه المحكم، فيصح عزله في حق الدعاوى الأخرى، ولا يحق للمحكـم الحكم بها، أما حكمه في الدعاوى التي حكم بها فباق ونافذ قبل الحكم.

أما لو عزلاه بعد الحكم فلا يبطل حكمه؛ لأن هذا الحكم قد صـدر مـن ذي ولاية شرعية فكما لا يبطل حكم القـاضي بعزلـه بعـد الحكـم، فـلا يبطـل حكـم المحكم أيضاً[1]. وهذا عند الحنفية وسحنون -كما سبق الإشارة -.

وحاصل ما ينعزل به المحكم أحد أسباب ثلاثة: بالعزل، أو بانتهاء الحكومـة نهايتها بأن كان مؤقتاً فمضى الوقت، أو بخروجه من أن يكون أهلاً للشهادة بـأن عمى أو ارتد والعياذ بالله.

---

(١) درر الحكام المادة ٨٤٧ وشرحها، وتبيين الحقائق ٤/ ١٩٣، وفتح القدير ٧/ ٣٢٠.

وبالجملة فإن المحكم ينعزل بما ينعزل به القاضي كأن يطرأ عليه ما يفقده صفة من صفات صحة القضاء أو التحكيم، كالجنون والإغماء والخرس أو الفسق - على خلاف في الأخير - أو مرض يمنعه من التحكيم.

(ز) نقض حكم المحكم:

قال ابن أبي ليلى هو بمنزلة المُوَلّى من جهة الإمام حتى لا يكون لأحد أن ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي[1]، وقول ابن أبي ليلى ظاهر الوجاهة والرجحان لما فيه من استقرار الأحكام إذ المحكم كالقاضي فيما يخص الخصمين.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: لا ينقض حكم المحكم إلا بما ينقض به حكم القاضي قال القاضي عبد الوهاب من المالكية: جاز حكمه عليهما إذا حكم بما يسوغه الشرع وافق حكم قاضي بلدهما أو خالفه. قال الماوردي: ينقض حكم القاضي وغيره إذا خالف مالا يسوغ فيه الاجتهاد وهو أن يخالف نصاً من كتاب الله أو السنة، أو إجماع، أو خالف القياس كما أن للمحكم أن يعزل نفسه عن التحكيم، لأنه وكيل، والوكالة تبطل بعزل الوكيل[2].

وأما في خصوص نقض الخصمين حكم المحكم قال المالكية: إذا حكم المحكم فليس لأحد المحكمين أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم، وقال المازري: إذا كان المحكم من أهل الاجتهاد مالكياً ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك، لزم حكمه، وإن خرج عن ذلك لم يلزم إذا كان الخصام بين مالكيين ؛ لأنهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول

---

(١) تبيين الحقائق ٤/ ١٩٤، ودرر الحكام مادة ١٨٤٧، وشرحها والمادة ١٨٣٨.

(٢) أدب القاضي لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ١/ ٦٨٥، تحقيق د. محيي الدين هلال السرحان مطبعة الإرشاد، ١٣٩١ - ١٩٧١ بغداد، وتبصرة الحكام ١/ ٧٨، وأدب القضاء لابن أبي الدم ١/ ٤٣٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للإمام شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدّردير ٤/ ١٣٣ طبع دار إحياء الكتب العربية بمصر، ومغني المحتاج ٦/ ٢٧٠ والمغني مع الشرح الكبير ١١/ ٤٨١.

مالك وأصحابه، وكذلك إذا كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه إن حكم بينهما بغير ذلك[1].

قال الماوردي فيما يكون الحكم به لازماً للمحكمين: أن فيه للشافعي قولين:

أنه لا يلزمهما الحكم إلا بالتزامه بعد الحكم كالفتيا ؛ لأنه لما وقف على خيارهما في الابتداء وجب أن يقف على خيارهما في الانتهاء، وهو قول المزني.

وهو قول الكوفيين وأكثر أصحابنا أنه يكون بحكم المحكم لازماً لهما ولا يقف بعد الحكم على خيارهما.

وحكى أبو سعيد الأصطخري فيه وجهاً ثالثاً: أن خيارهما في التحكيم ينقطع بشروعه في الحكم، فإذا شرع فيه صار لازماً لهما، وإن كان قبل شروعه فيه موقوفا على خيارهما بعد الشروع في الحكم مفض إلى أن لا يلزم بالتحكيم حكم إذا رأى أحدهما توجه الحكم عليه فيصير التحكيم لغواً[2]. وهذا الوجه هو المتجه.

---

(١) التلقين في الفقه المالكي للإمام القاضي عبد الوهاب البغدادي ١٦٠ - مطبعة فضالة المحمدية ١٤١٣ - ١٩٩٣ المغرب ومنح الجليل ٨/ ٢٨٥، وحاشية الصاوي ٤/ ٢٠٠، وتبصرة الحكام ١/ ٤٤، ومغني المحتاج ٦/ ٢٦٩ وأدب القضاء للماوردي ٢/ ٣٨٤ والإنصاف ١١/ ١٨٨.

(٢) أدب القضاء ٢/ ٣٨٢.

أبيض

المبحث السابع
القوانين الوضعية والتحاكم

التحاكم الدولي أو المحلي إلى القوانين الوضعية أصل والتحكيم بمثابة الفرع يتحدد حكمه بناء على حكم العمل بالقوانين الوضعية وهو محرم قطعاً؛ لأنه حكم بغير ما أنزل الله. وسواء في ذلك الأفراد أو المؤسسات المالية الإسلامية أو الدول الإسلامية.

ونذكر هاهنا أدلة تحريم التحاكم :

قال تعالى: ﴿**اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَانَهُمْ أَرْبَاباً مِنْ دُونِ اللهِ**﴾ (التوبة: ٣١).

قال الإمام ابن تيميه عن هؤلاء: الإنسان متى حلل الحرام المجمع عليه، أو حرم الحلال المجمع عليه أو بدل الشرع المجمع عليه، كان كافراً مرتداً باتفاق الفقهاء، وفي مثل هذا نزل قوله تعالى: ﴿**وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ**﴾ (المائدة: ٤٤)، أي هو المستحل للحكم بغير ما أنزل الله.

ويقول فيمن تابع من حكم بغير ما أنزل معتقداً حل حكمه: هؤلاء الذين اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله حيث أطاعوهم في تحليل ما حرم الله، وتحريم ما أحل الله إن علموا أنهم بدلوا دين الله، فتابعوهم على التبديل، واعتقدوا تحليل ما حرم الله، وتحريم ما أحل الله اتباعاً لرؤسائهم، مع علمهم أنهم خالفوا دين الرسل فهذا كفر، وقد جعله الله ورسوله شركاً، وإن لم يكونوا يصلون لهم ويسجدون لهم، فكان من اتبع غيره في خلاف الدين، مع علمه أنه خلاف الدين واعتقد ما قاله ذلك، دون ما قاله الله ورسوله ﷺ مشركاً مثل هؤلاء[1].

ويقول أيضاً: ومتى ترك العالم ما علمه من كتاب الله وسنة رسوله، واتبع حكم الحاكم المخالف لحكم الله ورسوله كان مرتداً كافراً، يستحق العقوبة في

---

(١) مجمع الفتاوى ٧/ ٧٠ و ٣٥/ ٣٧٣.

الدنيا والآخرة، قال تعالى: ﴿المص * كِتَابٌ أُنْزِلَ إِلَيْكَ فَلا يَكُنْ فِي صَدْرِكَ حَرَجٌ مِنْهُ لِتُنْذِرَ بِهِ وَذِكْرَى لِلْمُؤْمِنِينَ * اتَّبِعُوا مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلاً مَا تَذَكَّرُونَ﴾ (لأعراف:١-٣).

ويقول الإمام ابن كثير في قوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللهِ حُكْماً لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ (المائدة:٥٠) ينكر تعالى على من خرج عن حكم الله تعالى المحكم المشتمل على كل خير، الناهي عن كل شر وعدل إلى ما سواه من الآراء والأهواء والاصطلاحات التي وضعها الرجال بلا مستند من شريعة الله كما كان أهل الجاهلية يحكمون به من الضلالات والجهالات مما يضعونها بآرائهم وأهوائهم وكما يحكم به التتار من السياسات الملكية المأخوذة عن ملكهم جنكيز خان الذي وضع لهم الياسق وهو عبارة عن كتاب مجموع من أحكام قد اقتبسها من شرائع شتى: من اليهودية والنصرانية والملة الإسلامية وغيرها، وفيها كثير من الأحكام أخذها من مجرد نظره وهواه فصارت في بنيه شرعاً متبعاً يقدمونه على الحكم بالكتاب وسنة رسول الله ﷺ، فمن فعل ذلك منهم فهو كافر[١].

ثم إن القوانين الوضعية تبديل ودين جديد: فقد نبه العلامة الشيخ أحمد شاكر - رحمه الله تعالى - إلى أن القوانين التي حكمت في رقاب المسلمين إنما هي تبديل لدين الله، وتغيير لشرع الله.

يقول - رحمه الله تعالى -: هذه القوانين التي فرضها على المسلمين أعداء الإسلام السافر العداوة، هي في حقيقتها دين آخر، جعلوه ديناً للمسلمين بدلاً من دينهم النقي السامي؛ لأنهم أوجبوا عليهم طاعتها، وغرسوا في قلوبهم حبها وتقديسها والعصبية لها، حتى لقد تجري على الألسنة والأقلام كثيراً كلمات «تقديس القانون»، «حرمة المحكمة»، وأمثال ذلك من الكلمات التي يأبون أن توصف بها الشريعة الإسلامية، وآراء الفقهاء الإسلاميين، بل هم حينئذ يصفونها

---

(١) تفسير القرآن العظيم للإمام أبي الفداء إسماعيل بن كثير، ٢/ ٦٧، طبع دار إحياء الكتب العربية - مصر.

بكلمة «الرجعية» «الجمود»، «الكهنوت»، «شريعة الغاب»، إلى أمثال ما ترى من المنكرات في الصحف والمجلات والكتب العصرية، التي يكتبها أتباع أولئك الوثنيين.

وبين الشيخ أن القوانين الوضعية تعتبر تشريعاً جديداً وديناً جديداً سواء منها ما وافق الشرع أو خالفه فيقول: وصار هذا الدين الجديد هو القاعدة الأساسية التي يتحاكم إليها المسلمون في أكثر بلاد الإسلام ويحكمون بها، سواء منها ما وافق في بعض أحكامه شيئاً من أحكام الشريعة وما خالفها وكله باطل وخروج ؛ لأن ما وافق الشريعة إنما وافقها مصادفة، لا اتباعاً لها، ولا طاعة لأمر الله وأمر رسوله، فالموافق والمخالف كلاهما مرتكس في حمأة الضلالة، يقود صاحبه إلى النار، لا يجوز لمسلم أن يخضع له أو يرضى به.

فهو يقرر أن هذه الشرائع كلها باطلة، وهي خروج على الدين الإسلامي، ولا عبرة بما جاء فيها موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية لأن هذه الموافقة جاءت مصادفة، والتشريع الإسلامي يؤخذ من حيث كونه منزلاً من عند الله دون سواه، ثم بين كيف تدرج الأمر بالمسلمين فصاروا يطلقون على هذه القوانين ودراستها كلمة «الفقه»، «والفقيه» و«التشريع»، «والمشرع» وما إلى ذلك من الكلمات التي يطلقها علماء الإسلام على الشريعة وعلمائها، ثم بين أن المسلمين انحدروا درجة وتجرأوا على الموازنة بين دين الإسلام وشريعته وبين دينهم المفترى الجديد، ثم بين كيف وصل الحال بهم إلى الدرك الأسفل فنفوا شريعتهم الإسلامية عن كل شيء، وصرح كثير منهم في كثير من أحكامها القطعية الثبوت والدلالة بأنها لا تناسب هذا العصر، وأنها شرعت لقوم بدائيين، غير متمدنين، فلا تصلح لهذا العصر الإفرنجي الوثني!! خصوصاً في الحدود المنصوصة في الكتاب والعقوبات الثابتة في السنة[1].

---

(١) عمدة التفسير ٢/ ٢١٥ عن كتاب الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية للدكتور عمر سليمان الأشقر، الطبعة الأولى ١٩٨٣ - ١٤٠٤، الكويت.

وانتهى إلى القول: وصار هذا الدين الجديد هو القواعد الأساسية التي يتحاكم إليها المسلمون في أكثر بلاد الإسلام، سواء منها ما وافق في بعض أحكامه شيئاً من أحكام الشريعة وما خالفها[1].

وقال في موضع آخر: والذي نحن فيه اليوم، هو هجرة لأحكام الله عامة بلا استثناء، وإيثار أحكام غير حكمه في كتابه وسنة نبيه، وتعطيل لكل ما في شريعة الله[2].

وينبه الشيخ إلى قضية جديرة بالنظر وهي استمراء القوانين والاندماج فيها وحبها وهذا حال أسوأ من حال التتار وقانون الياسق، فيقول: الشيء الغريب المدهش أن الإسلام غلب التتار ثم مزجهم فأدخلهم في شرعته، وزال أثر ما صنعوا بثبات المسلمين على دينهم وإن هذا الحكم السيئ الجائر كان مصدره الفريق الحاكم إذ ذاك، لم يندمج فيه أحد من أفراد الأمم الإسلامية المحكومة، ولم يتعلموه، ولم يعلموه أبناءهم، فما أسرع مازال أثره.

والمسلمون الآن أسوأ حالاً، وأشد ظلماً وظلاماً من حالهم في ذلك العصر؛ لأن أكثر الأمم الإسلامية الآن تكاد تندمج في هذه القوانين المخالفة للشريعة، والتي هي أشبه شيء بذلك «الياسق» الذي اصطنعه رجل كافر ظاهر الكفر[3].

---

(١) انظر كلام أحمد شاكر – رحمه الله – هذا في عمدة التفسير (٢/ ٢١٤ – ٢١٥) ذكره تعليقاً على ابن كثير في تفسيره للآيات (٦٤ – ٦٥) من سورة النساء، عن كتاب الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية ٦٢.

(٢) انظر تعليق الشيخ على تفسير ابن جرير الطبري، تفسير سورة المائدة آية ٤٤ ١٠/ ٣٤٩، عن المرجع السابق ٦٢.

(٣) تعليق الشيخ أحمد شاكر على عمدة التفسير ٢/ ١٧٢ عن المرجع السابق ٦٢.

المبحث الثامن
الحكم بغير ما أنزل الله غير المخرج من الملة

غالب حال الأمة الإسلامية اليوم الحكم بغير ما أنزل الله مغلوبة مقهورة مكرهة عليه، وهذا ليس عذراً في جميع الأحوال والظروف، وهو وإن كان من كبائر وعظائم الأمور إلا أنه لا يخرج من الملة، لاعتقاد المسلم خلافه، وإنما يؤاخذ المسلم على اعتقاده وفي هذا يقول محمد بن أبي العز شارح الطحاوية: إن الحكم بغير ما أنزل الله قد يكون كفراً ينقل عن الملة، وقد يكون معصية: كبيرة أو صغيرة، ويكون كفراً: إما مجازياً، وإما كفراً أصغر، على القولين المذكورين

وذلك بحسب حال الحاكم: فإنه إن اعتقد أن الحكم بما أنزل الله غير واجب، وأنه مخير فيه أو استهان به مع تيقنه أنه حكم الله: فهذا وإن اعتقد وجوب الحكم بما أنزل الله، وعلمه في هذه الواقعة، وعدل عنه مع اعترافه بأنه مستحق للعقوبة، فهذا عاص، ويسمى كافراً كفراً مجازياً، أو كفراً أصغر، وإن جهل حكم الله فيها، مع بذل جهده واستفراغ وسعه في معرفة الحكم وأخطأه، فهذا مخطئ، له أجر على اجتهاده، وخطؤه مغفور[1].

وتحدث الشيخ محمد بن إبراهيم مفتي الديار السعودية الأسبق - رحمه الله تعالى - عن هذا النوع من الكفر فقال: وأما القسم الثاني من قسمي كفر الحاكم بغير ما أنزل الله، وهو الذي لا يخرج عن الملة ففي تفسير ابن عباس رضي الله عنهما لقول الله عز وجل: ﴿**وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ**﴾ (المائدة:٤٤)، وقد شمل هذا القسم، وذلك في قوله ﷺ «كفر دون كفر» وقوله أيضاً: «ليس بالكفر الذي تذهبون إليه»، وذلك أن تحمله شهوته وهواه على الحكم في القضية بغير ما أنزل الله، مع اعتقاده أن حكم الله ورسوله هو الحق، واعترافه على نفسه بالخطأ، ومجانبة الهوى.

---

(١) شرح العقيدة الطحاوية ٣٦٤، الطبعة الرابعة، ١٣٩١ - بيروت.

فهذا وإن لم يخرجه كفره عن الملة، فإنـه معـصية عظمـى أكـبر مـن الكبـائر، كالزنا، وشرب الخمر والسرقة واليمين الغموس، وغيرها، فإن معصية سـماها الله في كتابه كفراً، أعظم من معصية لم يسمها كفراً، نسأل الله أن يجمع المـسلمين عـلى التحاكم إلى كتابه انقياداً ورضاء، إنه ولي ذلك والقادر عليه[1].

مما سبق يظهر حرمة الحكم بغـير مـا أنـزل الله، وينبنـي عليـه حرمـة تحـاكم المسلمين فيما بينهم أو فيما بينهم وبين غير المسلمين إلى محكمة لا تحكـم بالـشريعة الإسلامية سواء أكان قضاتها كلهم مـسلمون أو كلهـم غـير مـسلمين، أو كـانوا مسلمين وغير مسلمين.

بعد هذا نذكر بعض أدلة تحريم التحكيم فيما يأتي:-

أدلة تحريم التحاكم بخصوصه كثيرة ومتضافرة، وقبل ذكر الأدلة لا بـد مـن تحرير محل الكلام في الموضوع، فإن محل الخلاف هو التحكيم الفردي أو التحـاكم إلى محكمة دولية يمثل فيها قاض أو أكثر، غير مسلمين كلهم أو بعضهم، ويطبـق قانون وضعي في أمور التشريع أو غيرها، وقد يطبق فيها ما يوافق الشريعة:

قوله تعالى: ﴿**وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ**﴾ (البقرة:٢١٣).

وقولـه تعـالى: ﴿**إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ**﴾ (النساء:١٠٥).

وقوله تعالى: ﴿**فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعِ الْهَوَى**﴾ (صّ:٢٦) .

وقال تعالى: ﴿**فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ**﴾ (المائدة:٤٢).

وقوله تعالى: ﴿**فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ**﴾ (النساء:٦٥).

---

(١) انظر الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية للدكتور عمر الأشقر ١٨٥.

ووجه الدلالة من هذه الآيات أنها نص جلي لا يحتمل الخلاف في أن الغاية في إنزال القرآن الكريم إنما هي الحكم بين الناس، وترك الحكم بالهوى، والهوى كل ما تبع فيه الإنسان رأيه واجتهاده مقطوع الصلة عن هدى الله عز وجل، ثم إن التحاكم إلى الله ورسوله ﷺ لفض النزاع بين المؤمنين دليل الإيمان، والتحاكم إلى غيرهما ينزع عنهم صفة الإيمان حتى يرجعوا إلى حكم الله ورسوله ﷺ.

ولم يكتف القرآن بتحديد جهة التحاكم واشتراط أن تكون إلى كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، بل أمرنا بنبذ أحكام الكفر واعتبرها طاغوتاً فكيف يلجأ المسلم إلى الطاغوت لأخذ الحكم قال تعالى: ﴿**أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلالاً بَعِيداً**﴾ (النساء:٦٠).

يقول الإمام بن القيم: «من تحاكم أو حاكم إلى غير ما جاء به الرسول ﷺ فقد حكم الطاغوت وتحاكم إليه والطاغوت كل ما تجاوز به العبد حده من معبود أو متبوع أو مطاع فطاغوت كل قوم؛ من يتحاكمون إليه غير الله ورسوله ﷺ، أو يعبدونه من دون الله أو يتبعونه على غير بصيرة من الله أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة لله»[١].

قال ابن كثير في الآية: هذا إنكار من الله عز وجل على من يدعي الإيمان بما أنزل الله على رسوله ﷺ، وعلى الأنبياء الأقدمين، وهو مع ذلك يريد أن يتحاكم في فصل الخصومات إلى غير الله وسنة رسوله ﷺ[٢].

وما اشتراط الإسلام في القضاة فهذا مما أجمع عليه الفقهاء فاشترطوا في القاضي الإسلام والمحكم كالقاضي[٣] لما له من الولاية قال تعالى: ﴿**وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ**

---

(١) أعلام الموقعين ١/ ٥٣ عن الشريعة الإلهية لا القوانين الجاهلية للدكتور عمر الأشقر ١٩٨ وقال الراغب الطاغوت: كل متعبد، وكل معبود من دون الله، انظر: مفردات ألفاظ القرآن للإمام الراغب الأصفهاني، لفظ «طغى» الطبعة الثانية، ١٤١٨ - ١٩٩٧ بيروت.

(٢) مختصر تفسير ابن كثير للشيخ محمد علي الصابوني ١/ ٤٠٨.

(٣) من الفقهاء من لم يشترط الإسلام في القاضي واشترط أن يكون عالماً بالشريعة الإسلامية مع بقية الشروط السابق ذكرها.

﴿لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ (النساء:١٤١)، ولا ريب أن حكم غير المسلمين على المسلمين سبيل لهم علينا، فيكون منهياً عنه بظاهر الآية.

هذا وهناك اتجاه يرى أصحابه جواز لجوء الدول الإسلامية إلى محكمة العدل الدولية قال الدكتور وهبة الزحيلي: لا مانع من تطبيق القانون الدولي «قواعد الحق والعدالة» في التحكيم لأن الرسول ﷺ حدد مقدماً لسعد بن معاذ في قضية التمكين في يهود بني قريظة القواعد التي يقضي بها وقواعد التمكين في محكمة العدل الدولية لا تخرج عن كونها إما اتفاقاً دولياً أو عرفاً عاماً سارت الدول على مقتضاه، أو قاعدة من قواعد العدل والإنصاف، فإذا أضرت قاعدة بالمسلمين كانوا بالخيار كما هو المقرر دولياً في عدم عرض النزاع على محكمة العدل[1].

وهذا رأي يحتاج إلى دليل يسنده فقياس قواعد التمكين في محكمة العدل الدولية على قواعد التمكين عند سعد بن معاذ رضي الله عنه قياس مع فارق واضح، فالنبي ﷺ هو الذي حكم سعد بن معاذ، وسعد هو من هو مكانة بين المسلمين، ولن يحكم إلا بهدى كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ومقاصد الشرع وقواعده. ولذا قال النبي ﷺ: «حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبع سماوات» ولا ريب أن مرجع الاتفاقات والأحكام الدولية إلى القوانين الدولية ثم إن القضاة من غير المسلمين، كيف وقد أجمع الفقهاء على اشتراط الإسلام في القاضي، بل هم الآن يشترطون في المحكمين أن يكونوا من كبار القضاة، والتحكيم الدولي قضاء.

ومن جانب آخر فقد نصت المادة (٣٨) من مواد القانون الواجب التطبيق في محكمة العدل الدولية - كما سبقت الإشارة - على التالي:-

- الاتفاقات الدولية، سواء كانت عامة أو خاصة، التي تقرر قواعد تعترف بها صراحة الدولة المتنازعة.
- العادات الدولية المتواترة، المقبولة بمثابة قانون.

---

(١) العلاقات الدولية في الإسلام، ٧٧ الطبعة الأولى ١٤٠١ - ١٩٨١ بيروت، وآثار الحرب في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ٧٦٧ الطبعة الرابعة ١٤٢١ - ١٩٩٢ دمشق.

● المبادئ القانونية العامة التي اعترفت بها الأمم المتمدنة.

● أحكام القضاء وآراء جهابذة القانونيين في مختلف الأمم، على أن يكون الاعتماد عليها بصفة تبعية.

وهذه المادة صريحة في أن القضاة ملزمون بالحكم بالاتفاقات الدولية والأعراف الدولية والمبادئ القانونية العامة، وأحكام القضاة وليس شيء من ذلك يمت إلى شرع الله بصلة، فقد تكون اتفاقات أو مبادئ مخالفة لنصوص قطعية، أو أعراف فاسدة في حكم الشرع، وما وافق منها حكم الشرع فلا يغير من وصف هذه الأحكام شيئاً حتى يضفي عليها القبول الشرعي.

وهناك رأي آخر يحاول الوسطية بين الرأيين فيرى: أن اللجوء إلى المحكمين يقتضي أن يكون بينهم مسلمون، وأن يلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية في التحكيم أو أن لا يكون القانون أو القواعد التي يلجأ إليها المحكمون متعارضة مع نص الشريعة الإسلامية أو مقاصدها الشرعية، لا سيما وأن فيها من البنود ما يجعل وضع قواعد التحكيم متروكاً للدولتين المتنازعتين[1].

وما سبق من ردود يأتي هنا ويضاف عليه أن وجود بعض القضاة من المسلمين لا يكفي في وصف الشرعية للحكم، فإن الحكم يصدر باسم المحكمين مسلمين وغير مسلمين، وهذا يجعل لغير المسلمين ولاية وسبيلاً، كما أن موافقة بعض النصوص لأحكام الشريعة ومقاصدها لا يغير من الأمر شيئاً، فإن وصف الحكم بحيثياته وديباجته وما يبنى عليه من أسس، والحكم في محكمة العدل الدولية ديباجة قانونية بحتة مبنية على فقرات القانون الواجب التطبيق السابق ذكره فلا توصف بالشرعية، إذ ليس في الديباجة من مثل: بناء على كتاب الله وسنة رسوله ﷺ أو قوله تعالى كذا أو قوله ﷺ كذا، وهذا أمر لا ينفك عن وصف الحكم الصادر بالشرعية الإسلامية، أو القانونية الدولية.

---

(١) الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، للدكتور علي منصور ٢٠٥، نشر دار القلم بمصر.

أبيض

المبحث التاسع

التحاكم الدولي على خلاف الأصل في وحدة الدولة والتشريع

مما لا شك فيه أن وحدة الدولة الإسلامية واجبة، ووحدة الدولة من وحدت المسلمين، فلا يقر الإسلام تعدد الدولة، وإن حكمت كل منها بالشريعة الإسلامية، فإن ذلك مظهر من مظاهر التفرق ومظنة للخلاف والشحناء بين المسلمين وقد قال تعالى: ﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ الله جَمِيعاً وَلا تَفَرَّقُوا﴾ (آل عمران:١٠٣) وقال تعالى: ﴿وَلا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُواَ وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾ (الأنفال:٤٦)، وقال الماوردي فيه تأويلان: أحدهما أن المراد بالريح الدولة، والثاني أن المراد بها القوة[١].

وقد أجمع الفقهاء على أن الأصل وحدة الدولة واستندوا إلى أدلة كثيرة منها ما رواه عرفجة بن شرع قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أتاكم وأمركم جميعاً على رجل واحد يريد أن يشق عصاكم أو يفرق جماعتكم فاقتلوه»[٢]، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: سمعت رسول الله ﷺ: «ومن بايع إماماً فأعطاه صفقة يده، وثمرة قلبه فليعطه إن استطاع فإن جاء آخر ينازعه، فاضربوا عنق الآخر»[٣]، وعن أبى سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا بويع لخليفتين فاقتلوا الآخر منهما»[٤].

فدلالة هذه الأحاديث نص في حرمة مبايعة خليفتين، أو إقرار خليفتين للمسلمين ولذا قال الماوردي: «إذا عقدت الإمامة لإمامين في بلدين لم تنعقد

---

(١) الأحكام السلطانية للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ٣٧، الطبعة الثانية – مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٦ – ١٩٦٦ بمصر، وانظر المحرر للإمام ابن عطية ٦/ ٣٣٠.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٢٣٢.

(٣) المرجع السابق ١٢/ ٢٣٤.

(٤) المرجع السابق ١٢/ ٢٣١ ومختصر صحيح مسلم للشيخ ناصر الدين الألباني حديث رقم ١٢٠٠.

إمامتهما، لأنه لا يجوز أن يكون للأمة إمامان في وقت واحد، وإن شذ قوم فجوزوه»[1] وحين خرج المسلمون عن هذا الأصل، فتعددت الخلافة أو الإمامة فيهم إلى اثنتين أو ثلاث أو أربع أو أكثر من ذلك، فكان ضعفهم جميعاً، وكان الخلاف، بل كانت الحروب بينهم مستعرة، حتى وصل الأمر بينهم أن يستعينوا بالكفار على بعضهم البعض.

ولقد اتجه بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز تعدد الدول الإسلامية وتعدد الإمامة فقال «لا مانع من تعدد الحكومات في بلاد الإسلام، وقد أفتى الفقهاء بجواز تعدد الإمامة عند اتساع المدى وتباعد الأقطار»[2].

والصواب الناصع أن هذا من الخطأ البين إذ الجواز يقتضي إباحة تجزؤ كلمة المسلمين وتشتت قوتهم وذهاب ريحهم، لكن إن كان القصد قبول الواقع وإقرار كل حاكم على ما تحت يده، لنبذهم الاجتماع والتوحد تحت راية إمام واحد، فهذا قبول للواقع ونفس الأمر، ولا يعني أنه أصل مقر ثابت.

وقد يقال: أن العبرة بتحكيم شرع الله ولو تعددت الدول، مادامت تحقق هدفاً واحداً، وتسير في خطة واحدة يقول الأستاذ عبد القادر عودة: «يظن البعض أن تقسيم العالم دار إسلام ودار حرب يقتضي أن تكون البلاد الإسلامية كلها تحت حكم دولة واحدة والبلاد الأجنبية تحت حكم دولة واحدة وهو ظن لا أساس له من الواقع، فالنظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون محكومة بحكومة واحدة، إنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام، والإسلام يقتضي أن يكون المسلمون في كل بقاع الأرض يداً واحدة يتجهون اتجاهاً واحداً وتسوسهم سياسة واحدة وأبسط الصور وأكفلها بتحقيق هذه الغاية أن تكون كل بلاد الإسلام تحت حكم دولة واحدة لكن ليست هذه هي الصورة الوحيدة التي

(١) الأحكام السلطانية للإمام الماوردي ٩.

(٢) آثار الحرب في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ١٨١.

تحقق أهداف الإسلام، إذ من الممكن تحقيق هذه الأهداف مع قيام دول متعددة في دار الإسلام ما دامت تتجه اتجاهاً واحداً وتسير على سياسة واحدة، والإسلام لا يتنافى مع نظام كنظام الولايات المتحدة، ولا مع نظام كنظام الولايات القائم في روسيا ولا مع نظام كنظام الدومنيون الإنجليزي ولا يتنافى مع النظام القائم الآن في البلاد العربية»[1]، فالمقصود من تقسيم العالم إلى دار إسلام ودار حرب ليس جعل العالم تحت حكم دولتين أو وحدتين سياسيتين.

هذا الكلام يصح في حكم الواقع، والواقع ليس دليلاً على أصل الحكم الشرعي خاصة إن خالف النصوص، ويبعد عن الصواب كثيراً القول بأن النظريات الإسلامية لم توضع على أساس أن تكون محكومة بحكومة واحدة، إنما وضعت على أساس ما يقتضيه الإسلام. فإن النظريات في الإسلام مبنية على النصوص، ولا نجد نصاً واحداً يجعل الأصل هو تعدد الخلفاء والدول مع اتحاد اليد والسياسة الواحدة، وهذا يصح أن لو كان المقصود إماماً واحداً، وحكام ولايات إسلامية يأتمرون بأمره وهذا لا يمنع أن تعطى لهم الصلاحيات التي تحقق مقاصد الشرع في حفظ الدين والنفوس والأموال والأعراض والعقول، فحينئذ لا بأس بنظام الولايات القائم في هذا العصر

لكن أن يكون لكل دولة إمامها، وصلاحيته المطلقة، فلا يستقيم والنصوص وروح الشريعة ومصالحها ومقاصدها هذا من حيث الأصل، لكن لو كان بحكم ضعف المسلمين وتوزع كلمتهم فهو مقبول وخير لا ريب من التحاكم للقوانين الوضعية.

---

(١) التشريع الجنائي للشيخ عبد القادر عودة ١/ ٢٩٠، الطبعة الثالثة، ١٣٨٣ - ١٩٦٣ بمصر.

أبيض

المبحث العاشر
التحاكم والتحكيم للضرورة

لا شك أن التحاكم محرم إذا كان تحاكم المسلمين إلى محكمة غير إسلامية، وكذا التحكيم بغير ضوابطه الشرعية قولاً واحداً للأدلة الصريحة السابقة، لكن هل تدخله الضرورة فتغير حكمه إذ الضرورات تبيح المحظورات، الضرورة إذا كانت كلية قطعية بحيث يؤدي تفويت التحكيم فيها إلى مفاسد يقينية تلحق بالمسلمين، وتفوت مصالح يقينية كلية فإن الأمر يحتمل النظر، وحينئذ يتقيد بحد الضرورة، فإذا أمكن أن يكون القضاة كلهم أو جلهم مسلمين فيجب المصير لذلك، وإذا اقتضى اشتراك العدد الأقل فكذلك.

ويعمل على استخلاص الأحكام غير المعارضة للنصوص والمقاصد والمصالح الشرعية ويشترط قبل هذا انتقاء وجود محكمة عدل إسلامية، وهي الآن محكمة مقرة إسلامياً لكنها تحتاج إلى أن تكون واقعاً منفذاً وتنشط لتزاول مهامها فإن وجدت فعلاً فلا ضرورة لرفع التحاكم إلى محكمة العدل الدولية أو غيرها.

ويمكن أن يستأنس للضرورة بما قاله بعض المالكية، فقد أجاز بعض المالكية كالإمام الخرشي اشتراط الكفار في عقد المهادنة أن يحكموا بين المسلم وغير المسلم إذا دعت لذلك ضرورة فيقول في شرحه لمتن خليل عند استعراضه لشروط المهادنة: ويجب أن يخلو عقدها من شرط فاسد وإلا لم يجز كشرط بقاء مسلم أسيراً بأيديهم، أو بقاء قرية للمسلمين خالية منهم، وأن يحكموا بين مسلم وكافر وأن يأخذوا منا مالاً، إلا لخوف، فيجوز كل ما منع[1].

---

(١) الخرشي على متن خليل ج٢ ص ٤٤٨، ٤٤٩ عن بحث المستشار محمد المنياوى، مجلة أبحاث مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع ٨٦١٤.

وإعمالاً لما يراه الحنفية من جواز شهادة غير المسلم على غير المسلم، فإنهم قالوا إنه يصح إشراك غير المسلم مع المسلم في حكم بين المسلمين وغيرهم، وينفذ ما يحكم به على غير المسلمين وحدهم[1].

(١) الفتاوى الهندية ج٢ ص ٢٠١ عن البحث السابق.

المبحث الحادي عاشر
التحكيم بين المؤسسات المالية الإسلامية

إن من مستجدات شأن التحكيم والتحاكم اليوم انتشار المعاملات المالية الإسلامية، وظهورها ظهوراً محلياً وإسلامياً وعالمياً، الأمر الذي اقتضى الدخول في عقود محلية وخارجية، وكان من المستقر في سالف وحاضر الشركات في العلاقات التعاقدية النص في عقودها على مرجعية المحكم عند الخلاف إلى المحاكم الأجنبية في العقود التي يكون أحد أطرافها أجنبياً والآخر وطنياً، وكذا إذا كان طرفا العقد وطنيين، وذلك في العديد من صيغ العقود المحلية، ويضاف إلى ذلك أن صيغ العقود تكتب باللغة الأجنبية إنجليزية أو فرنسية، الأمر الذي يجعل تفسير النصوص إلى محاكم أهل تلك اللغة، وأن نتقن لغتهم كيما نصوغ العقود بلغتهم القانونية.

وإن دخول عنصر المعاملة المالية الإسلامية يعتبر مستجداً طارئاً لا يستجيب أو هكذا ينبغي ألا يستجيب لمثل هذه العقود التي ترفع الخلاف تحاكماً وتحكيماً إلى تلك المحاكم أو إلى مراكز التحكيم وتجعل المرجعية إليهما مطلقة. ومن هنا نشأ الخلاف في مدى قبول الرضي بما رضي به القوم نسبياً أو كلياً، أو رفض القبول به.

ويجب أن نسجل ابتداء أن تضمين وفق ضوابطه الشرعية في عقود المؤسسات المالية الإسلامية فرض وواجب شرعاً، ولما في البديل من التحكيم أو التحاكم إلى الجهات الأجنبية من حرج بل مخالفة لصريح نصوص الشرع المانعة قطعاً من التحاكم أو التحكيم إلى غير شرع الله تبارك وتعالى. وأدلة ذلك نصوص متضافرة سبق بيانها وتفصيلها.

ولقد كان النص في عقود المؤسسات المالية الإسلامية بادئ الأمر اللجوء إلى التحكيم أو المحاكم الأجنبية، وفي أحسن الأحوال اللجوء إلى المحاكم المحلية

محل العقد، أو في التحكيم إلى مراكز التحكيم العربية. والعذر فيه الضرورة مع بدء النشأة، وكان هذا مقبولاً حالة استثنائية. كان ينبغي أن تنتهي مع إمكان التحكيم وفق الضوابط الشرعية.

وعلى الرغم من مرور أكثر من ربع قرن أو يزيد على فشو المعاملات المالية الإسلامية محلياً وعالمياً إلا أنه مازال العديد من المؤسسات المالية الإسلامية تأبي التحكيم الشرعي، وتفضل التحكيم عند الخلاف إلى التحكيم التجاري التقليدي، أو النص على التحاكم إلى الجهات الأجنبية، محتجين بأن ذلك أحفظ لحقوق المساهمين والمودعين وهذا – مع أنه صريح في مصادمة النصوص كما سبق – غير مسلم واقعاً وقانوناً، وطعن مبطن بالقضاء المحلي، وكذا التحكيم فإنه إجراء قانوني بدءاً وانتهاء.

ثم إن ضرورة التحاكم إلى المحاكم المحلية إليها أخف من تلك الأجنبية، فإن في القوانين المحلية متنفس ومساحة شرعية لا بأس بها إذ غالب عقودها متوافقة أو مطابقة لشروط المعاملات المالية الإسلامية مساة أو مستجدة.

والمؤسسات التي أبت إلا التحاكم أو التحكيم الأجنبي اكتفت بالنص على عدم مخالفة نصوص العقد لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد غدا معلوماً أن القاضي الأجنبي غير معني بهذا النص لأن أمامه قانون واجب التطبيق، وتطبيق الشريعة يقتضي معرفة أحكامها علي سبيل التفصيل، فكان وجود النص أو عدمه سواء وإن كان لابد من هذا التحاكم فينص في العقود على ما يتفق عليه أطراف العقد مما يجوز شرعاً وما لا يجوز تفصيلاً وهذا يمكن القاضي من الالتزام بأحكام الشريعة باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين. إلا أن هذا ليس حلاً لإشكال التحاكم، إذ العقد لا تنفك صحته عن ديباجته ومرجعيته الشرعية .

ويجب وضع التحاكم في أعلى سلم الضرورة، فلا يلجأ إليه قبل إمكان التحكيم، وهاهنا إما أن المحكمون كلهم مسلمون فيصح التحكيم وفق شروطه،

وإما أن يكون المحكمون أغلبهم من المسلمين فيصح التحكيم ما دام وفق شروطه وإن كان الحكم ينسب للجميع، وإنما قبل ضرورة أو حاجة هي بمنزلتها.

وأما إن كان المحكمون كلهم أو جلهم من غير المسلمين فلا يصح الحكم شرعاً ولو حكموا بما لا يخالف أحكام الشرع ، لأن شرط المحكم أن يكون من أهل الشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم كما نص عليه الحنفية، وقالوا بناء عليه لا يصح تحكيم كافر في حق مسلم لأنه ليس من أهلها، ومثله ما نص عليه المالكية من اشتراطهم في المحكم أن يكون عدل شهادة أي بأن يكون مسلماً. - وقد سلف بيان ذلك تفصيلاً -. وبالجملة فكل من قال إن المحكمين حاكمان وليسا وكيلين يقولون بهذا وهو قول مالك وأحمد في رواية ورجحها ابن تيمية وابن القيم وهو القول الآخر للشافعي، وقد حكينا الإجماع على اشتراط الإسلام في المحكمين لاشتراطه في القضاة.- وقد سبق بيانه -.

هذا وبالله التوفيق

أبيض

الفهرست

الموضــــــــــــوع	الصفحة
المبحث الأول: التحكيم تعريفه وأحكامه وأدلته	١١
المبحث الثاني: التحكيم والقضاء والإفتاء والتحالف والمعاهدات	١٩
المبحث الثالث: شروط التحكيم والمحكم	٢٣
المبحث الرابع: ما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز	٢٩
المبحث الخامس: صفة المحكم	٣٥
المبحث السادس: أحوال المحكم وحكمه	٤١
(أ) إذا حكم المحكم فيما لا يجوز له التحكيم فيه	٤١
(ب) إذا تعدى حكم المحكم غير المتنازعين	٤١
(ج) إذا خالف حكم المحكم مذهب القاضي	٤٢
(د) الرجوع عن التحكيم	٤٣
(هـ) الإشهاد على التحكيم	٤٤
(و) عزل المحكم	٤٥
(ز) نقض حكم المحكم	٤٦
المبحث السابع: القوانين الوضعية والتحاكم إليها	٤٩
المبحث الثامن: الحكم بغير ما أنزل الله غير المخرج من الملة	٥٣
المبحث التاسع: التحاكم الدولي على خلاف الأصل في وحدة التشريع	٥٩
المبحث العاشر: التحاكم والتحكيم لضرورة	٦٣
المبحث الحادي عشر: التحاكم والتحكيم بين المؤسسات المالية الإسلامية	٦٥

أبيض